

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS  
DE ATTILA JÓZSEF NOMINATAE

---

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XXXIII.

Fasciculus 1—31.

1986 JAN 16



**STUDIA IN HONOREM  
VELIMIRII PÓLAY  
SEPTUAGENARII**

SZEGED

1985

✓

CONFIDENTIAL - SECURITY INFORMATION  
EXCLUDED FROM AUTOMATIC  
DOWNGRADING AND DECLASSIFICATION

---

ALL INFORMATION CONTAINED HEREIN IS UNCLASSIFIED

# PÓLAY ELEMÉR EMLÉKKÖNYV





ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS  
DE ATTILA JÓZSEF NOMINATAE

---

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus XXXIII.

Fasciculus 1—31.

**STUDIA IN HONOREM  
VELIMIRII PÓLAY  
SEPTUAGENARII**

SZEGED

1985

Redigit

ÖDÖN BOTH

Edit

*Facultas Scientiarum Politicarum et Juridicarum Universitatis Szegediensis  
de Attila József nominatae*

Nota

Acta Jur. et Pol. Szeged

Szerkeszti

BOTH ÖDÖN

Kiadja

*A Szegedi József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara*  
(Szeged, Lenin krt. 54.)

Kiadványunk rövidítése  
Acta Jur. et Pol. Szeged

## VORWORT

Es gehört zu den fortschrittlichen Traditionen der Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften der Attila-József-Universität, zur Begrüßung hervorragender Gelehrten und Professoren einen Jubiläumsband erscheinen zu lassen. Diesmal wird Professor Dr. Elemér Pólay, der in Europa bekannte und anerkannte Wissenschaftler des römischen Rechts, der ausgezeichnete Lehrer, von Kollegen, Freunden, Schülern und Verehrern begrüßt. Professor Pólay ist 70 Jahre alt. Cicero hat nicht recht, wenn er sagt: das Ansehen ist der Gipfel des hohen Alters, da, seitdem Professor Pólay sich mit der Wissenschaft des römischen Rechts verlobt hat, ist eher der Spruch passend: ob jemand von großem Wissen ist oder nicht, beweist nichts besser als das Lehrenkönnen, und das war für den jungen sowie auch für den älteren Lehrer charakteristisch, und ist auch heute noch kennzeichnend für ihn. Deshalb sollte man seine bisherige Laufbahn überblicken.

Geboren ist er am 23. August 1915 in Zombor, aus einer Lehrerfamilie. In Miskolc ging er zur Schule. Im Gymnasium ließen seine Lehrer seine Aufmerksamkeit früh auf die Geschichte richten, wodurch er besonderes Interesse für die Altertumsgeschichte und die klassischen Sprachen (Latein, Griechisch) zeigte. 1933 legte er das Abitur ab. Ursprünglich wollte er Lehrer der lateinischen Sprache und der Geschichte werden, später ließ er sich doch an der Rechtsakademie in Miskolc einschreiben. Hier begegnete er gleich im ersten Studienjahr dem römischen Recht, und zeigte gleich großes Interesse für dieses Studium. Von dieser Zeit an reichte er jedes Jahr eine Arbeit im römischen Recht zur Preisausschreibung ein. Diese Arbeiten sind später in umgearbeiteter Form (auch gedruckt) erschienen. Seine Doktorarbeit hat er im Sommer 1936 unter dem Titel „Datio in solutum“ geschrieben, als er mit Hilfe der Rechtsakademie zwei Monate in Berlin verbrachte, wo er das nötige Material zu seiner Dissertation in der Preußischen Staatsbibliothek gesammelt hat. 1937 wurde er doctor iuris, 1938 Doktor der Staatswissenschaften an der Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaften in Pécs. Eine kurze Zeit war er in Miskolc als Rechtsanwaltsanwärter tätig, dann (als Stipendiat der Rechtsakademie in Miskolc) Gasthörer der Friedrich-Wilhelm-Universität zu Berlin, wo er i. J. 1938 römisches Recht und Wirtschaftsgeschichte studierte. Die Grundkenntnisse zur Forschung des römischen Rechts hat er im Seminar des Instituts für Römisches Recht von P. Koschaker erworben und mit der wissenschaftlichen Arbeit eigentlich hier angefangen. Wirtschaftsgeschichte hörte er bei W. Sombart. Nach seiner Rückkehr aus Deutschland trat er in Szolnok in Gerichtsdienst. Inzwischen war er als Gerichtsassessor in Miskolc, von 1940 in Debrecen beim Oberlandesgericht als Senatsnotar tätig. 1942 wurde er zum Richter am Kreisgericht in Debrecen ernannt, von 1945 war er in Miskolc, von 1949 in Szeged im Komitatsgericht tätig.

Parallel mit seiner Richtertätigkeit setzte er auch seine wissenschaftliche und Unterrichtsarbeit fort. Ab September 1945 wurde er Titularextraordina-

rius, bald Titularordinarius an der Rechtsakademie in Miskolc, und seit dieser Zeit leitete er hier den Lehrstuhl für Römisches Recht. Im Juni 1949 hat ihn die Fakultät für Rechts- und Staatswissenschaft der Universität in Szeged ersucht, den Lehrstuhl für Römisches Recht zu leiten. Diese Aufgabe hat er ein Jahr hindurch neben seiner Richterfunktion am Komitatsgericht in Szeged erfüllt. Im September 1946 habilitierte er sich in Debrecen in der „römischen Rechtsgeschichte“. Als Privatdozent der Universität Debrecen hielt er durch 6 Semester Vorlesungen aus der römischen Rechtsgeschichte. 1950 wurde er Professor im Institut, 1951 zum Universitätsprofessor in Szeged ernannt und noch in demselben Jahr mit der Leitung des Lehrstuhles für Zivilrecht beauftragt, die er bis 1961 erfüllt hat. Ab September 1956 übernahm er wieder die Leitung des Lehrstuhles für Römisches Recht und diese Aufgabe erfüllt er auch bis heute ohne Unterbrechung.

Seine wissenschaftliche Tätigkeit bezieht sich — von einzelnen zivilrechtlichen Artikeln abgesehen — auf das römische Recht. Diese wissenschaftliche Tätigkeit ist vielfältig, sie umfaßt sozusagen alle Bereiche des römischen Rechts (Personen-, Familien-, Schuld-, Erbrecht). Seine wissenschaftliche Tätigkeit geht auf beinahe fünf Jahrzehnte zurück, da seine erste Publikation noch 1936 in Miskolc erschienen ist, als er Student im dritten Studienjahr war. Seine wissenschaftliche Laufbahn wird durch 7 umfangreiche Monographien, etwa 140 Studien, Artikel, mehrere Rezensionen, Universitätslehrbücher des römischen Rechts und des Zivilrechts, so wie das mit Professor Brósz gemeinsam geschriebene, schon in der dritten Auflage erschienene Lehrbuch „Römisches Recht“ gekennzeichnet. Seine Tätigkeit ist so weitverzweigt, daß sie selbst die im Recht bewanderten Fachleute nur schwer überblicken können. Manche seiner Monographien gelten als Lebenswerk, wodurch er mit Recht die hochachtungsvolle Anerkennung nicht nur heimischer, aber auch ausländischer Fachleute hervorgerufen hat. Die ungarische juristische Romanistik wurde im Ausland in erster Reihe von ihm bekanntgemacht.

Seine wissenschaftliche Tätigkeit war anfangs pandektistisch eingestellt, später seit dem Anfang der 40er Jahre arbeitete er aber im römischen Recht schon auf Grundlage historischer Ansicht. Sein erster bedeutendster Themenkreis faßte die Analyse und Würdigung der rechtsbildenden Tätigkeit der Prätores und Kurulädilen um. Die Habilitation erwarb er mit seiner Monographie „Rolle des Prätors in der Entwicklung des römischen Privatrechts“, dann ist er durch Analyse der rechtsbildenden Rolle der aediles zur eingehenden Aufdeckung des Institutes der Haftung für Sachmängel des Verkäufers gekommen, und seine Kandidaturarbeit hat er 1956 auch in diesem Thema geschrieben. Als aber in der sozialistischen Rechtstheorie die Frage der grundlegenden Prinzipien zur Rechtssystemsgliederung in den verschiedenen Gesellschaftssystemen aufgeworfen wurde, arbeitete er weitverbreitet und auf neuen Grundlagen die Grundprinzipien der Gliederung des römischen Rechts aus, dabei wies er darauf hin, daß sich die Gliederung dieses Rechtssystems periodisch verändert hat. Zum ersten Male wurde in der Literatur des römischen Rechts jene Anschauung, daß das römische Recht Justinians — angesichts der Abstraktionsstufe (Vereinheitlichung, Verallgemeinerung, Systematisierung) — vom höheren Niveau ist, als das auf die reine Kasuistik aufgebaute klassische Recht, von ihm aufgeworfen und ausgearbeitet. Diese Ansicht führte in der internationalen Literatur zu zahlreichen Diskussionen, schließlich teilen aber viele die Meinung von Professor Pólay. Mit einer Mo-

nographie zu diesem Thema, die 1964 in deutscher Sprache erschienen ist, ist er „Doktor der Rechtswissenschaften der Ungarischen Akademie der Wissenschaften“ geworden.

Als richtiger Patriot führte er breite Forschungsarbeit bezüglich der Überreste des Karpatenbeckens aus der Römerzeit. Als Ergebnis dieser etwa 10 jähriger Arbeit entstand seine umfangreiche Monographie mit einer Analyse der Verträge der Wachstafeln aus Dakien. Dieses Urkundenmaterial wurde in der Weltliteratur zum ersten Male umfassend und eingehend bearbeitet und der Text dieser Verträge zum ersten Male in ungarischer Sprache veröffentlicht. An dem 17. Deutschen Rechtshistorikertag in Münster, als Professor Fr. Wieacker aus Göttingen den Festvortrag über das Lebenswerk von R. Jhering hielt, gab Professor Pólay als Korreferent eine historische materialistische Würdigung Jherings Besitzlehre. So bekam er Anregung von Professor Wieacker, die Geschichte der ungarischen Pandektistik zu beschreiben. Im Laufe dieser Forschungsarbeit hat er nun die Geschichte der Pandektistik und ihre Auswirkung in Ungarn geschildert. Diese Arbeit ist bei der Universitätsbildung beinahe unentbehrlich. Während seiner Studienreise in Finnland in 1982 und aufgrund des anschließend gesammelten Materials hat er über die Einwirkung der Pandektistik auf die Wissenschaft des Privatrechts in den skandinavischen Ländern eine kleinere Abhandlung geschrieben.

Als Ergebnis einer cca 10 Jahre hindurch dauernden Forschungsarbeit ist die über die Denkungsart der römischen Juristen geschriebene Arbeit — vielleicht eine seiner bedeutendsten Monographien — entstanden, die für jeden ungarischen Romanisten, der sich mit römischem Recht befaßt, als unentbehrliches Handbuch gilt. Er analysiert diese aktuelle Frage der internationalen juristischen Romanistik aus neuem Gesichtspunkt (aufgrund juristischer Funktionen) und skizziert diese in den einzelnen Entwicklungsetappen des römischen Rechts. Er weist darauf hin, daß sich die wirklich großen juristischen Leistungen auf die Rechtswissenschaft der Endperiode der Republik zurückführen lassen. Für die klassische Zeit fällt eher die Präzisierung der in der vorklassischen Zeitperiode schon festgesetzten Thesen.

Anfang der 80er Jahre hat er mit jugendlicher Vehemenz mit der Analyse der *ius und iniuria* (Begriffe für Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit) angefangen und suchte nach kasuistischem Ursprung der in den nachklassischen Zeiten entstandenen Kategorien und dabei gibt er beruhigende Begründung der Diskussion der außervertraglichen Verantwortung der archaischen Periode. Er findet Jahr für Jahr neue Themen, deutet die antiken Quellen immer wieder um.

Diese umfassende und mannigfaltige Forschungstätigkeit kann man nur schwer überblicken. Wenn man aber seine Themen eingliedern möchte, könnten vor allem die folgenden hervorgehoben werden: er beschäftigte sich eingehend mit der rechtsbildenden Tätigkeit der Magistraten; wies auf neuartige Zusammenhänge bei der Gliederung des römischen Rechtssystems hin; legte die Rezeption griechischer philosophischer Begriffe und deren Bedeutung im römischen Recht des Altertums dar; analysierte die Denkungsart der römischen Juristen und damit ließ er die Ergebnisse der vorklassischen und klassischen Rechtswissenschaft grundlegend anders sehen; er hat neue Wege für das Forschungsgebiet der Pandektistik eröffnet und eine maßgebende Beurteilung der Entwicklung der Grenzen zwischen Rechtmässigkeit und Unrechtmässigkeit im römischen Recht gegeben; letzten Endes gab er in der Literatur zum erstenmal die umfassende Analyse der Triptychen aus Dakien.

Seine Arbeiten, Studien sind ungarisch, deutsch, französisch, englisch, italienisch, spanisch, polnisch und türkisch erschienen. Durch seine Tätigkeit hat er der ungarischen Romanistik große Anerkennung erworben. Er ist Mitglied der Redaktionskommission der internationalen Zeitschrift *The Journal of Juristic Papyrology*. Er hat engen Kontakt zur italienischen Forschungsgruppe: Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano (Sassari), ferner mit Lehrstühlen für Römisches Recht der Universitäten der Bundesrepublik, Deutschland, Finnland und von Tokyo. Er ist Mitglied der Gesellschaft der Rechtsgeschichte von Rumänien. Er hat Gastvorträge an den Universitäten in Münster, Heidelberg, Freiburg, Köln und Turku, und an zahlreichen Universitäten der europäischen sozialistischen Staaten gehalten, an fünfundzwanzig internationalen Kongressen, Konferenzen und wissenschaftlichen Sitzungen mit Vorträgen, Beiträgen oder Korreferaten teilgenommen. Die erste internationale Konferenz der juristischen Romanisten in Ungarn wurde von seinem Institut im Jahre 1984 Szeged veranstaltet.

Er ist Ausschußmitglied der Gesellschaft der ungarischen Altertumswissenschaft. Gemeinsam mit dem leipziger Professor G. Härtel hat er sein Werk „Römische Rechtsgeschichte“ (es ist im Druck) für die Universitäten der DDR geschrieben, gegenwärtig nimmt er an der Redaktionsarbeit der Stichwörter des Lexikons für Byzantinistik teil, das von der Akademie der Wissenschaften der DDR zusammengestellt wird.

Seine wissenschaftliche Tätigkeit wirkt weit über die Landesgrenzen hinaus. Die von ihm vertretenen Ansichten und Standpunkte stießen im internationalen wissenschaftlichen Leben auf positiven Widerhall. Bescheiden zwar aber energisch verkündet er auf internationaler Ebene die Ergebnisse der ungarischen Romanistik immer auf hohem Niveau.

Seine pädagogische Tätigkeit an den Universitäten wird durch seine 16 hochschulpädagogischen Studien gekennzeichnet, die in der Zeitschrift „Felsőoktatási Szemle“ erscheinen sind. Über die Unterrichtsmethode des römischen Rechts schrieb er mehrere Artikel in tschechoslowakischen, deutschen und italienischen Zeitschriften. — Als Anerkennung seiner Lehrtätigkeit wurde er „Verdienter Lehrer“ und 1971 wurde ihm eine ministeriale Lobpreisung erteilt. 1975 ist er mit der Attila-József-Erinnerungsmedaille ausgezeichnet worden. Seit mehr als einem Jahrzehnt leistet er als Vorsitzender des wissenschaftlichen Ausschusses der Fakultät eine wissenschaftsorganisierende Arbeit. 1955—1957 war er Prorektor der Universität Szeged. — Seit 1953 bis 1956 hat er auch in der Vorbereitungsarbeit des ungarischen Zivilgesetzbuchentwurfes teilgenommen und in 1956 wurde ihm eine justizministeriale Lobpreisung erteilt. In 1985 wurde er mit dem Goldenen Orden der Arbeit ausgezeichnet.

Wir wissen wohl, daß eine imponierend reiche und vielfältige wissenschaftliche Tätigkeit verbunden mit einer leidenschaftlicher Unterrichtsarbeit in so kurzem Rahmen nicht zusammengefaßt werden kann. Auch die Markierung einzelner Stationen seiner Luftbahn sowie die kurze Zusammenfassung seines wissenschaftlichen Oeuvre und seiner Unterrichtstätigkeit werden hoffentlich dazu beitragen, daß er seine fruchtbringende Tätigkeit auch noch lange Jahre fortsetzt. Die Kraft und die dazu erforderliche Gesundheit wünschend und unsere Ehre Professor Pólay, dem Gelehrten und Lehrer erweisend, veröffentlichen wir den Band XXXIII der *Acta Juridica et Politica*.

DR. JÓZSEF VERES

Dekan der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Attila József Universität

## The State and law-making

### 1. *Analysing social leadership*

One of the key issues of research in present-day social sciences is connected with questions of political character in both theoretical and practical respects. This problem is caused by the synthesis of the character, form and content of the direction of society. The major question to which all thought of a political kind tries to find an answer is, what is the role of the modern State in making decisions of a social nature; how can the values which can properly express social demands be found. Enumerating interests and values is, of course, a process of a historical nature; consequently, we need to take into consideration the political context in the midst of which this hierarchy takes shape.

The analysis of practical political life has always affected, from the point of view of the history of scholarship, more than one branch of learning. In the ideas of the political philosophers of Antiquity, it still constituted an integral part of philosophy, and the period of bourgeois revolutions had to come that it might form an independent discipline. The precondition of this was the social fact that *the State organization and the whole of society be separated*. Not only in the sense that the State as the central social organ for decision-making expresses, in the last instance, the interest of the ruling class, but also in the way that it keeps itself apart from the ruling class, as well. The separation presents itself in the fact that, unlike in the earlier slave and feudal systems, an *independent* State apparatus emerges organically and, consequently, the organizational interest, the State interest appears, too. In the last resort, this is connected with the interest of the ruling class, without being identical with that interest. The emergence of the *synthetic character*, typical of modern social relations, can be observed. There is society, with reference to which the State power exercises its functions of *making and administering the law*, then there is the ruling class interested in making State decisions, nevertheless the State does not eliminate from the mechanism of expressing interests the elements not belonging to the ruling class. The ratio of interestedness is always determined by the given political context. The fact that a mediating mechanism is created for *connecting* the State to society also originates from the separation of society from the State. This mechanism is the *political system*.

The appearance of the political system opened a radically new Chapter in the development of political sciences. From this time on, besides the State organization, all the relationships and connections, which were parts of the mechanism performing the function of *expressing interests* have become objects of research. From then on, this relationship has been the object of scholarly research, and the connection between traditional State life and the newly created political science and theory, as well as politology, became controversial. By certain approaches, mostly by those that kept some elements of the earlier conception, political science is identified with the theory of

politics. This is characteristic of authors under the influence of Allgemeine Staatslehre. In the Anglo-Saxon world, however, a broader definition of the political system can be found. However, the sociological approach, as a result of certain empirical inquiries, could not explore the system and implications of the social determination of political relationships and their connection with objective conditions.

As to the socialist theory of political science, it is the period — at about the beginning of the 1960s — of the ripening of the idea that the theory of State should go beyond mere investigation into the inner relations of the State organization — and even further beyond the simplified way of thinking noticeable in constitutional law, i.e. normative thinking — and the object of research should be extended. This extension concerned, first of all, the elements of the political system meaning, in this context, not the State organization but an organism expressing, representing and protecting the interests of the different social strata, and classes. In this way came into being the State theory as an analysis of the whole political system, which might also be considered from this point of view as a political theory. Another opinion was formed as to the expediency of not extending State theory to the domain of political theory but just the other way round; in this approach, political theory was given a broader definition and State life was only a part of it.

At any rate, on approaching the question from any of the above directions, we find ourselves facing the problem that we should study the entire political system as a whole, its inner connections — where an outstanding importance should be attached to State organization —, and the relationship of the entire political system with external social relations.

This analysis cannot proceed without making use of the branches of learning the primary task of which is not to investigate political relations, but their use is none the less indispensable from a methodological point of view. Such disciplines are e.g. sociology, statistics, psychology, demography etc. The field of the investigation, the possibilities of interpreting social direction can, theoretically, be extended, enriched with special considerations, by an analysis of a technical nature, considering the law in its *means-character*, as a means to directing society, as a kind of social technique. The complexity of the method does not allow that the research be one-sided.

Which are the relationships that may reckon in our days on the interest of students of political life, in the first place? Above all, it is to be emphasized that, besides structural considerations, an approach to the functional character of political relations is also needed, covering the historical aspect, as well. For studying a social phenomenon, its rise, changes, development and demise need to be analysed.

As to the inner relationships of the State organization, it is necessary to deal with certain fundamental criteria of the concept of this organization; these are — independently of certain other, different conceptions — objects of theoretical political tendencies. Such problems are e.g. the functions of the State, including the relationship between political objectives and the actual activity of State organs, the sovereignty of the State ensuring the supremacy of the State organization over society, and the inner organizational relations of the State, including the major problems of its hierarchical connections.

The State organization cannot be separated from its social context. The immediate external context of social relations is the political system. The conception of the political system, by broad definition, includes besides its



structural aspect its functional element, as well, and extends beyond the objective relations to the subjective elements affecting consciousness. The political system is in direct connection with the social *interest relations*, its common determinants can be found in the economic basis. The economic relations, having developed into interest relations, can influence or determine State decisions, primarily through the mechanism of political parties. It is, therefore, of outstanding importance to analyse the types, functions and mechanisms of political parties.

Besides political parties, other social organs may also be parts of the political system. These may be different as to social function, character, influence, their functions may be diverse but, within the mechanism of expressing and representing interests or making decisions, the importance of their role is evident.

The relationship of alienation to the system of deciding under modern conditions presents a particular problem. The elimination of alienation under socialist social conditions suggests some problems, such as if alienation be connected with private property relations alone, then the demise of the social formation based on the exploiting system would mean, equally and automatically, the end of alienation itself. What the socialist social system is about is, in the first place, the elimination of political separation between the State and society by the process of the withering away of the State. One of the most important means to this is the creation of such a *decision mechanism*, where the separation typical of capitalist society is eliminated, the State organization becomes the central element of decision making, its decisions are supposed to be made in the interest of the entire society, but represent, basically, that of the ruling class.

To give an answer to the above problems would evidently require a rather long period of learned investigation and it is only natural that no final answer can be given to the problem.

One of the possible approaches to the above-mentioned practical and theoretical problems may be to explore the content of the direction of society *in connection with* the functioning of the State and the law. This is obviously a narrowing down of the scope as compared with what we have been just analysing above; the direction of society is not connected with the functioning of the State alone, for the law is not only a social means, and law-making is but a part of the deciding system. Nevertheless, within the totality of society, it is particularly important, what form the functioning of the State and the law takes.

It is a fact that the rules of law are characteristic, in one way or another, of the entire process of social progress. The prevailing law is always, by strict definition, actual; it is an attribute of the State or of the conditions of the age. It reflects social and economic achievements, for the very reason because legal rules are recording — actually or, at least, in principle — the results already achieved by society. These are not merely intentions or programmes. It would be, nonetheless, a biased exaggeration, to identify the development of the rules of law, or even that of legal life, with social progress or to consider these concepts as equivalent. Social development is inseparably connected with the activity of the State, which is directing it. In this respect, the law has an essential part to play, because it regulates social relations in general. But it is only a means to social development.

The law as a social means may also be considered to be a *particular*

*social technique*. This interpretation can be found rarely enough in literature as a fundamental approach, approaches from political, legal-dogmatical or sociological aspects are much more general. What is the meaning of the word *technique* in this context?

*Technique* means law-making and making the law function, by a rationalized process. This technique can be acquired from the theory and practice of law-making and law applying, as well as from methodically applying other knowledge needed for solving practical tasks. The point is, therefore, to acquire specific knowledge liable to systematic ordering, the parts of which are not inherently homogeneous, but connected to one another by the feasibility of the working process. These parts of knowledge are primarily those needed for realizing particular objectives, generally extracted and integrated from a great variety of pieces of scientific and other systematized practical knowledge. This knowledge is put to use with the aid of a peculiar technique, and this work process can be considered as a kind of technical skill.

The above-mentioned technical skill was generally taken for granted, and as needing no separate investigation. This conception is, however, no longer accepted as correct.

Directing society and the law are becoming more and more complex. This state of affairs can be best presented with reference to the fact that *the law changes in its character of peculiar social technique*. This change is, therefore, characteristic of the method as well as the technique of law-making and of making the law function.

Of the issues concerning the State and law-making studied here, we are now dealing with certain technical problems. Seen from this aspect, the method and conception of approach are as follows:

— The essential form of directing society is State leadership. This is connected with the forms of State activity which show direction to be a concept of activity on a smaller scale.

— Legal life is also a major form of actually directing society. This is also connected with forms of activity. These activities are the following: making, applying, conforming or rather not conforming to the law. These activities present legal life as a concept of activity on a smaller scale.

— State leadership in the above-mentioned sense and legal life are phenomena, processes which are inevitably interconnected and interpenetrating. Making and administering the law through the authorities are self-evident forms of State activity.

— State leadership and legal life are both considered as motions of the forms of activity; for the implementation and realization of the motions, a relevant technique is needed.

— The forms of activity for implementing social motions are — in general terms — *motivation techniques*. This is one of their common traits. When studying the life of the State and legal life, our starting point may even be the motivation technique itself.

This method limits and, in a certain sense, also condenses the problem. The effect mechanisms of State direction and of the law are also changing in their character of *motivation technique*. We are trying to expose this with a method taken from the study of relationships, with a further qualification: of the legal motion processes, primarily law-making is taken into consideration.

## 2. Social techniques of direct and indirect motivation

Society is, from a certain point of view, an *organized co-operation* with the help of which man assures his life on earth. Society is the collective activity and power of human beings and of their organizations, arranged systematically in deliberate harmony. This is a co-operating community of interests, on a grand scale, — in the last analysis, a special self-creating, self-regulating mechanism — within the functional unity of which neither the people connected with it, nor the individual values, nor the forces maintaining and connecting the co-operation are equivalent.

The result of bringing about this co-operation is harmonious functioning. On interpreting this harmonious co-operation, three circumstances merit particular consideration:

- stabilized social connections and typical social situations;
- values and familiarity with these values;
- motivation as a special social technique and its realization. These circumstances are interconnected.

The being, existence of man — as well as his self-supporting accommodation to the biosphere and to society — means basically adaptation, conforming to others, where the demands corresponding to the accepted interests are generally satisfied through stabilized connections. The stable element of the extremely manifold experience of continuous adaptation is the social technique of *motivation*, the conscious aspect or purposeful constituent of co-ordinated activity. Motivation as a method adjusts itself to the nature of acceptance and evaluation, acquiring on this ground the skill of how to motivate behaviour, becoming a mechanism for implementing expediences, directing conduct. Motivation is, therefore, the technique through which people could be made to comply with one another, to subordinate their own interests and aims to those of the community, to implement common purposes etc. Motivation is thus the means to co-ordinated activity. And in this activity, it makes a difference to become acquainted with and to understand the power of harmonization and relatedness, meaning in this connection the element of discipline and loyalty.

Direction is a peculiar form of motivation technique. By its mechanism, direction is inserted, through the feasibility of satisfying needs, in the process of evaluation and choice. It indicates one, or one type of, possibility, narrowing down choice to the acceptance or non-acceptance of this feasibility. If direction is effective, the feasibilities are not equivalent from the point of view of motivating behaviour. The persons, directing as well as directed, come to be adapted to one another this way.

This technique presents a number of types functioning side by side, in interconnection. This kind of direction, based principally upon self-motivating, prevails most of all in small structures. Such a — rational, emotional, irrational etc. — motivation, eliciting a self-identifying acceptance and willing obedience, may function faultlessly, e.g. between parents and their children, teacher and pupil, doctor and patient, in other paired connections or, generally, in small communities. Here the rational, emotional and other elements of the content of direction — including its being charged with power — are generally not in sharp contrast.

This is the technique of *direct motivation*, functioning fundamentally without retribution. The direction which rests on motivation alone is not able

to decide its own dimensions and scale, the scope of its prevalence is thus limited. In small communities, it may function; within the limits of its competence, it may even prove to be extremely powerful. It is also suitable for neutralizing, eliminating other motivations than its own.

But the technique of direct motivation is not capable of leading, directing, motivating the entire society. In several types of situations, direct motivation is indifferent to effectiveness on a macroscale, sometimes it may even strengthen it, in other situations, it may enter into competition with other motivation techniques.

The motivation techniques intended for macro-scales are basically built upon *indirect motivation*. Some degree of direction must prevail in all connections, the common aim of which is to satisfy the needs of major human groups or of the entire society. The formally established direction organizes people into a co-operating community of interests so that it consolidates one of the content elements of direction, e.g. the penalizing and premiating power element. Thus, this element no longer reacts upon any other element as equivalent. Power is, similarly, an evaluation of feasibilities. It is wedged in the process of choosing between options. It makes a single feasibility supreme, not only expecting it to become effective but also consistently and institutionally ensuring its prevalence by force or inducement.

The feasibility selected this way becomes expedience and has in its functioning an element of *compelling* added to *guaranteed recompensation* and utilitarian considerations. Having established itself, the direction expropriates for its own purposes the power to compel. The direction resting on motivation is raised to a higher plane and suffers thereby a fundamental change. It goes beyond using restrictions of a merely rational, emotional or irrational kind directly, on the scale of the direction, and based on direct motivation and, this way, becomes immediately suitable for directing macro-structures.

This kind of direction is the means to the exercise of power. The rational, emotional or irrational element is here directly connected with enforcement or premiatio, privilege and suitably generalized standards, set by the governing person or body. And this is forced on society in the way described above. The expediency made supreme becomes itself a general standard.

The necessity of formal recording appears in this moment both to fix the attributes of direction and the position of those participating in it. The connection between directing and directed persons is sub- and superordination, not only functionally but also formally, i.e. this is one side of the force-provoking mechanism. And the other side is that the socially organized, institutionalized impact of the functioning of the mechanism contributes to orienting the conduct of people to the established, required direction. These are the phenomena peculiar to stimuli through power machinery motivating the conduct of the individual members and organizations of society. Whether these stimuli act as advantages or disadvantages, they are indispensable elements of the coercive mechanism.

In this way, the motivation of behaviour becomes *indirect*, as well: this is just what is important in its technique.

The social technique of direct and indirect motivation is *relative* separation. Direct motivation is a technique rather on the small scale, while indirect motivation belongs rather to the large scale. Both can be applied with

success on these terms. In specific situations, for particular behaviour they may confirm, weaken, extinguish one another or may enter into a passive connection with each other. Their scale and dimensions being different, they generally can not be substituted for each other. As to the difference in scale, it is not important, whether we speak of a means being suitable for motivating micro- or macro-communities, what matters, among others, is the fact, that the average person comes into contact with indirect motivation, is submitted to its impact; with direct motivation, this is less obvious.

### 3. *Dimensions of the decisions made by the social leadership and of their implementation*

Direction as *guidance* organizes, integrates people, making them into a whole; as *leadership*, with reference to the entire society, it expresses and even confirms the structural organization of society on the rational grounds of recognizing its interests. The commonest and best-known social uniting force is power. Power creates and maintains a consciously constructed *order* built on the relations of sub- and superordination of director and directed, with the aid of influencing and implementing-compelling forces, which are essential to asserting leadership.

Power does not prevail in general terms and is not without certain degree of differentiation: it wants to enforce an order constructed with social structures and social functions in mind. The will to power is determined by social being, by life in society. Consequently, the orientation of power is generally influenced by the spheres where people become integrated into the community. Therefore, the "anatomy" of power is based in part on *social structures* — i.e. on their organizations, social classes concentrating people, strata, groups and interests — and in part is *functional*, as an economic, ideological and political power.

It is also essential from the point of view of directing society that in this structural build-up a class is continuously — from the historic creation of the State on — in a ruling position owing to its place occupied in the hierarchy of social production and that an organization, the State equally prevails. But the ruling position of the State and that of the ruling class are not identical, except, in their structure. The State is possessed by the ruling class in its capacity of power organization. But the ruling class does not have the State at its disposal as an object of property, because the State is also an organization of general authority over the community, for organizing and co-operating the satisfaction of the most general social needs and interests.

The concept of the State is the mental reflection of social relations and contains the essence of the State., its common traits and qualities in general terms. As changes would occur in these relations, the concept of the State can obviously not be something static, definite, absolute, but it should be — with more or less independence — adequate to the social development. In the concept of the State dynamic elements may be concentrated which can be considered essential to the specific relations of the State structure in different historical ages. It is natural that different conceptions should be formed and exist even today concerning the conceptual elements of the State. It is, at any rate, considered as a rather common criterion that every definition of the State tends to contain the basic questions of the functioning and structure of the State.

The functions of the *socialist State* are generally connected with the properties of the parts of the State structure which prove effectual within the State structure including them; but while being connected with the State structure, these properties are not characteristic of it. To make this more clear, the following has to be stated:

(a) An organizational unit of the socialist State can only perform its function if it has a stable, standing and durable position within the organization of the State. It is virtually a precondition of "coordinating" the functions that the normative rules relating to the construction and functioning of the given organizational unit should not become dysfunctional right from the beginning;

(b) the activity of the organizational unit of the socialist State is not characteristic of the function of the socialist State organization unless it harmoniously co-operates with the other — principally State — organizations (e.g. the function of the representative organs of State power cannot be analysed separately, without studying its relation to either the executive-administrative or the jurisdictional apparatus);

(c) this function may be expressed both in the activity within the socialist State organization and in that directed towards the external relations. Though the former is evidently typical, if we distinguish the internal from the external relations of the State, it is nevertheless justified to range the external forms of activity within the scope of State functions, as well.

Observed more closely, the *function* of the socialist State is the concrete activity of each State organ and it proceeds within the objectives set before the State, but it is not identical with either of these. From this point of view, the concept of the function of the socialist State means the *major groups directing the activity* of the organs of the socialist State in order to achieve the short- and long-range social objectives. The integrating, system-creating factor of the activity is the objective, this is the fundamental criterion for determining several other elements of the activity. As to the other elements of the activity, they have little opportunity to change within the structure of the activity. And, besides, the objective itself remains unchanged up to the point when it is realized. The objective, the achievement of the objective is the criterion of the effectiveness of the activity.

State concentration and decentralization of the surplus produced by the socialist society serves partly the organization and supply of the *all-social functions* (affecting society as a whole), partly it expresses the interests of the working class, exercising the organizing-directing function on its behalf.

Looking at the great variety of forms taken by the functions of the socialist State between the poles of objective and activity, the most important category-forming criterion is the formation of social connections towards which field the State objective determining the given activity is directed and where the concrete activity of State organs prevails.

The State objective is the aim set by the State organs before the State. The State function is the total result of the impact made by the State on society. If the full realization of the State aim were possible, then the State aim and the State function would coincide. But the State aim differs from the State function, because the former can never be realized entirely.

The socialist socio-economic superstructure can be broken down to economic, political and ideological levels. (It is worth noting that this division is made by taking into account formal logical considerations — though this

fact is still but slightly reflected in present-day conceptions — it presupposes every „colour” and contains the elements of others.) All three spheres are virtually present, both within the given society and in the international area. Its further internal division in regulating the relations within the socialist society is implied by the fact that the main orientation of the activity points towards the inner relations within the socialist State or to the relations directed outwards, towards the entire society. In this way, the division of social relations and their connection with the State functions can be presented as follows:

|             |        |           |         |
|-------------|--------|-----------|---------|
|             | within |           | outside |
|             |        | society   |         |
|             | within |           | outside |
|             |        | the State |         |
| economic    | aa     | ba        | ca      |
| political   | ab     | bb        | cb      |
| ideological | ac     | bc        | cc      |

The reason why functions exist inside the State is that the State may also have certain aims, realized by its own activity, directed inwards. (aa) In the economic domain, this is the guaranteeing of objective conditions for the functioning of the State structure; (ab) The system of decisions affecting the interest relations within the State organization has to be arranged in this domain in political terms (e.g. cadre policy). (ac) Within the scope of its internal ideological function, the State organization takes care of raising the ideological and professional level of the apparatus.

The function system of the socialist State, regulating the economic-politico-ideological relations of society is traditionally established and well-grounded. (ba) The State has not performed its economic-organizing functions always over a wide area. In the States of the exploiting type, this function is of incomparably weaker intensity and different in its content than the same function in socialist States. In the capitalist State based on free competition, this function is comparatively poorly developed. But its intensity is increased and its content becomes extended in the capitalist State of the age of imperialism, when the State intervenes in social life, in order to balance the dysfunction caused by the spontaneity of the economic processes.

The economic organizing function is a fundamental function in the socialist State. This may have been the source of a simplistic opinion, given expression even in socialist literature, according to which the exploiting State cannot perform an economic organizing function, only the socialist State can do this, because in the exploiting State the means of production, all of the holdings are in private hands and not in those of the State.

On the other hand, it is a fact that certain capitalist States of the era of imperialism have taken over the organization of a part of the economic and communal life, within a certain scope. (Extension of State ownership to the system of production and services, welfare policy etc.)

The economic-organizing function of the socialist State is expressed in

the primacy of State ownership, in the planning of production on an all-social scale, as well as in the redistribution and regulation of the total social production and services. However, planning does not mean, even under socialist conditions, that the instinctive tendencies in the sphere of economics could be turned into fully regulated processes. Production co-ordinated according to a plan does not guarantee in itself a situation where every kind of change is directed and implemented by the State as forecast and planned. The economic function of the socialist State *narrows down*, at any rate, and limits the sphere of spontaneity. Nevertheless, there are such economic circumstances which present themselves despite the intentions of the socialist State or which are not purposefully planned by-products of its measures.

The redistribution of the gross national product and of the services is also part of the economic-organizing function of the socialist State. The socialist State does not actually ensure that the right to participate in the production will also determine a proportionate share in the produced social goods. Consequently, under the conditions of socialism, a fixed part of the gross national product may be *regrouped*, e.g. to develop other underdeveloped economic branches or to help the economically weaker strata of the population.

The redistribution of products is carried out through various economic decisions, most of which are not passed on the basis of legal norms. In socialism, these economic decisions do not guarantee equality in the sense that every person could satisfy his or her needs in equal degree from the gross national product. The reason why this is so is that in socialism access to products and services is still limited and that the actions of the people are also motivated by several *subjective factors* which are actually characteristic of the capitalist society. It can also be stated that the redistribution of social products and services may also be dysfunctional in the sense that socialism put an end to the acquiring of class character but, nevertheless, it results from the nature of redistribution that conflicts of interests may happen between individual social strata. In order to eliminate such dysfunctional phenomena, certain proper objective and subjective levels of social development should be achieved.

(bb) After overthrowing the power of the exploiting classes, in the period continuing till the total liquidation of the earlier ruling class, the primary, fundamental function of the socialist State is to *break the resistance of the exploiting classes*. In the first phase of building the socialist State, the principal function is, in the first place, to annihilate internal oppression and thwart attempts to restoration.

This function *does not prevail everywhere in the same degree and way*, as proved by the development of the Soviet and popular democratic States.

(bc) Taking into consideration the fact that the ruling class has considerable ideological power, in a certain degree every State may be said to exercise some *cultural-educational function*. At present, the importance of this function is increasing, even in the capitalist State. This function takes basically the form of influencing and shaping the consciousness of the citizens.

The basis of the shaping of consciousness is the formation and continuous development of a definite system of knowledge. The system of knowledge relates both to nature and to society. In the body of knowledge relating to nature and its use the entire society is interested, because it does generally not come into conflict with the experience and interests of the individual



classes of society. As to the knowledge concerning society, the situation is different. As society is made up of different classes, each class gains a separate experience about the life in society. The basis of social knowledge is, therefore, not the experience of the entire society as a whole, but the traditional experience of the classes, i.e. class struggle. Knowledge is, therefore, differentiated — among several other factors — by class interest and class experience. The Marxist-Leninist ideology plays an active, creative part in building the socialist society. The aims and means suggested by the Marxist-Leninist ideology contribute to satisfying the interest of the entire population and they are also able to express general, all-social interests. The socialist State ensures the performance of the tasks resulting from the cultural-educational function, particularly through the mass communication media.

The mass communication media contribute to making the ideology of the working class prevalent, and the labour relations of Marxist ideology general. The cultural educational function of the socialist State is directed towards revealing and expressing values which ensure that the members of socialist society will show in their conduct an engagement to socialist objectives and ideas, as required.

The differentiation of the international division of labour also requires interstate co-operation to a higher extent. (ca) This process is most prominent in the sphere of economic contacts, where the growth of the external-economic function of the State is required by the creation of international organizations. This phenomenon is particularly striking in the interrelationship of socialist States. (cb) The economic integration resulted in the development of the external political function, as well. A case in point is the State objective and function connected with the different international organizations. The socialist States are characterized in the domain of the external-political function by a high degree of uniformity — or at least harmony — owing to following the same guidelines in foreign affairs and to continuous cross-checking on information. (cc) In connection with the external ideological function, the confrontation of the two world systems may be observed.

From a technical aspect, the *power position* of the ruling class and of the State results from *their social position where they implement the direction of society*. This direction is realized through exercising the above forms of activity. The characteristic general element of these forms of activity is the *decision* and its *execution*.

The decision falling within this scope in its capacity of exercising the power directing society is — by the major forms of social power — of political, economic and ideological character and quality. *These three spheres have been interconnected from the outset*: each decision covers these aspects. The connection between them can be schematized in first approximation as follows:

#### Connection between the spheres of decision

politics  
politics  
economy

economy

ideology

ideology

I.e. the political decisions have not only political dimensions and aspects. An economic decision has not only an economic but also a political aspect, and an ideological decision has political and economic aspects, too. This interconnection may be considered as the *regularity of the necessary general configuration*.

In a single decision about the direction of society, however, these aspects are not — even by their object — *of equal strength* and, besides, one or the other side may be further strengthened. Then, because of the required configurative connection and of the different *possibilities of interpretation* in evaluation, the political questions can first be transformed into economic or ideological questions, the economic questions into political or ideological ones, the ideological questions into political or economic ones. The possibility of such a transformation or disguising of decisions may be termed the *regularity of a covert dealing with decisions*.

The decisions about the direction of society are closely connected with organization as a power machinery. These decisions are not simply the acts of the ruling class or of the State. Any member of the ruling class — and, equally, all of its members — are obviously not in the position of authority needed for making such decisions. *The technical prerequisite of the power to decide is power over the apparatus executing decisions*. The organizational form and the hierarchical structure within it are of fundamental importance. The decision about the direction of society originates therefore in no way in the formally stated consensus of each member of the ruling class but, above all in the activity, or form of activity of the Party (parties) of the ruling class, in its (their) capacity of hierarchical organization.

In technical terms, the question at issue is *who* decides, about what, to which extent, with what efficacy. In present-day modern societies, therefore, the interconnection of the hierarchical system of the ruling *party* and of the similarly hierarchical *State* system is of considerable importance.

Owing to the proper organization of this interconnection, the ruling party and the State are not the duplicate forms of the same power and, in particular, they are not uniform, with identical methods. In a party-oriented political system the centralization of organizing power concentrates the decisions about the direction of society at the top of the party-hierarchy. The fundamental issues connected with the direction of society and its functioning are problems posed, first and foremost, to the leaders of the party and deciding about them is a choice between alternatives.

The technical precondition of this power to decide is the State as an apparatus for implementing the decisions, i.e. not a State organ, directly, but the State itself as a hierarchical organ of power. The decision about the direction of society as a hierarchical decision of the Party, is aimed at exercising State power, State leadership, with direct authority to integrate society. This party decision is, however, developed into a decision about the direction of society by the State apparatus. Thus, it serves as a basis of further State manoeuvres. The social role of State and party decisions is, therefore, not identical and they are at different *levels*, too. Their bearing is also different.

The decision of the *party* about matters of social direction is a *political decision for the State machinery*. An important number of these decisions are, of course, not intended directly for the State apparatus alone, but also for the entire population. In this last case, there is no direct connection of

sub- and superordination between those making the decision and the addressees; thus, in this respect, the decision is of an *agitative* (propagandistic) *nature*; the party does not lead society directly and not alone, but with the aid and co-operation of the State. It does not follow from all this that the decision of the party about the direction of society is important primarily because of its role directly affecting the State machinery, but it is a fact that each and every decision of the party about the direction of society is a *political decision implying a task for the State apparatus*.

Such a decision is a political one and, as such, is made *homogeneous*, taken at a political level, about direction, from a fundamentally political aspect. I.e. there is a choice between purely political alternatives of power or a political choice between economic and ideological alternatives. In terms of the configuration of these spheres of directing society and the legitimacy of their being manoeuvred, the decisions concerning the direction of society may be homogenized as political decisions pointing, from a political point of view, towards the *uniform trend* governing the organized, co-ordinated functioning of society. The decision concerning the problems made homogeneous and brought to a common denominator is, in this way, a synthesis of the highest degree of directing society. As a decision, it is not operative and is of non-normative character; it is the dialectical unity of both. Thus it moves across a wide scale. It induces, moves, promotes, limits State decisions, it does, however, not supplant them.

In the process of the functioning of the State machinery, the decisions concerning the direction of society, concentrated and made homogeneous this way become *heterogeneous again*, then they are becoming more and more diverse, according to the forms of activity. In technical terms, it is the scale of the decision which changes. The two kinds of scales can be compared, though they have not been identical from the outset. The technical implication is that *each can play its part alone, on its own scale*. If the decision of the Party about the direction of society and the State decision are in accordance, there is no chance whatever to compare them; they are no standards for each other. It cannot, therefore, be established e.g. how much the State policy, or the performance of any State task, corresponds to those determined by the political decision of the Party on the direction of society. Such a correspondence in scale does not generally become characteristic except where other formations are added to it; e.g. the institutional fusion of the Party and the State, making them grow particularly strong, unequalled in the political system.

Between the forms of activity, however, a certain coincidence may occur, even without the additional formation. The social leading role of the Party, in relation to the State apparatus, does not only take the form of high-level political decisions but it also includes the supervision of implementation — a peculiar control — as well. And this requires an inquiry into the activity carried on at the same level and on the same scale as where the decision is validated. The disintegration of tasks, necessary to implementation, inevitably results in the lowering of the level of information as compared to the level of decision, of the high-degree synthesis. The evaluation of experience is connected to the level of practical implementation and it may also happen that a decision made after the evaluation remains at the same general level. And, as a result, — in the particular question at issue — the political decision of the Party conforms to the scale and level identical to that of the

State decision. Thus, in fact, the Party decision does not take the lead in political terms here, it simply supplants the State decision. As, however, it cannot actually replace it, the State decision repeats, copies the political decision without the possibility of taking hold of the strings of the real solution: to evaluate the decision independently, directly, to have elbow-room for manoeuvring, often at the expense of State decisions. The possible disturbances caused by this state of affairs may, of course, be set right but, to this, new decisions are needed and for finding a smoothly functioning solution, the "time" factor is important.

Apart from the comparatively limited scope of purely political issues, not all State decisions are given expression in the political sphere or are made homogeneous to become political ones; there are also State decisions about the direction of society, of a political kind — organizing the entire society. In certain respects, the structure can be broken down to what the State apparatus does for the sake of a fixed social objective and what society does (as a whole and through its individual members, collectives, organizations etc.) for the same purpose. And the function is generally to activate social relationships on a State basis, within the framework of the State. The social objectives can be classified, in the last analysis, by political, economic and ideological spheres; these spheres, however, may not be directly identified with particular forms of activity. Thus, e.g. the economic organizing and directing activity of the State apparatus is by no means identical with the direct control over certain productive processes, even if there is a system of strict plan directives. The State in itself is not the economic life, even if it is present in the economic life as a proprietor or the exerciser of public power. The State is not the economic undertaking of society, and the country is not a gigantic enterprise. These well-known facts are supposed to make clear the technically relevant fact: *the extreme differentiation and specialization of tasks and, as result, the increase in possible combinations.* This applies to the technique of direction as well as to the technology of production. Thus, the scale and level of the organizing, directing activity is not irrelevant; a central State decision of an economic kind means obviously something different to an enterprise than to a production system or to a branch of production. All of these have to solve the task at their own levels. Here we are speaking of organizational levels: *the decision made at a higher level induces and limits that made on a lower level, but generally it can not replace it with good result.*

The decisions of the *central State organs* at the top of the State hierarchy about the direction of society are usually *high-level* decisions. Their basic characteristic is that they are made for practical purposes and are, therefore, *task-oriented*. In a number of cases, the objectives set by the decision are no specific tasks, they just set the direction and sometimes the framework of activity; the decision is not made *operative*. The authoritative decisions are cases in point. But even in such cases, the decision takes into consideration the possibility of adaptation for implementation, and the possible implementers of the task. The objectives are set under the influence of the existing trends and organizational forms, the *division of labour pre-planned and predetermined by the character of the task to be performed* within the machinery of the State apparatus (this is a social problem demanding State solution, as well) its *special requirements*, the *ordering of individ-*

ual tasks and duties (based on the division of labour, and the scopes of competence of State organs) *generally qualifying the work to be performed.*

Thus the objectives are integrated in a system which partly separates the individual organs from one another by their scope of competence in organizing relations. (This is recorded by the law as the hierarchy of the *scope of duties and competences*). Under these conditions, it is obvious that the decisions of the central State organs concerning the direction of society establish, in a large number of cases, not principles but task-types, sets of tasks, terms of implementation and responsibility; these decisions are made *operative*. The above decisions are, in the majority of cases — either *operative or normative, in a technical sense*, and the making of such decisions is encouraged. As to the decisions on the direction of society made by the State, it is technically not irrelevant, either, what is the inner structure of the deciding organ like. The active component (agent) that gives new dimensions to a task is not only the factor acting upon the task, nor the person charged with performing it, but also the person who sets the task. By the latter the position of the person who makes the decision is meant. From this point of view, what is characteristic, in the first place, is not the fact, whether an individual or corporate decision is involved, but rather what kind of opportunities the person who decides within the hierarchical organisation has to discern the problem, to survey the facts, and in what depth, in what detail, broken down by what criteria.

Under the present conditions of direction and taking the standard division of labour as frame of reference, a person or corporation can no longer get a detailed, in depth picture of the situation, all one can have is a general, broad overview. This problem is not as simple as e.g. how to get and how to keep oneself informed; an equally important factor is organization, how to organize the work. The point is that the *preparation of the decision* is a strictly organized task. The alternatives to the decision may be chosen on the basis of the data and information provided by the machinery preparing the decision, summed up and evaluated methodically. Thus the hierarchical decision, a "quasi decision" contains the common, joint opinion of the experts each one checked against the others and all together, reconciled. In this case these experts perform an activity which from a certain point of view is just the opposite of when some partial tasks originating from a single decision are set. Here they have to find an adequate solution to generalize a decision from a great variety of details and partial solutions. The smaller scale is converted to a larger scale, where precision and omissibility are necessarily correlated between the two scales. Decision-making undergoes, therefore, a considerable change in scale: thus serious mistakes can slip into the mechanics of this operation. The decision-preparing machinery has, therefore, an important part in the technique of the decision: the question is, what kind of an organization, in the position of the organ making the hierarchical decision this machinery is able to activate and with how much efficiency. The one-sidedness of the decision, the possibilities of its being converted to a smaller scale, the obstacles to breaking it down technically may partly be the results of such a problem.

The hierarchical position of the deciding organ (its competence and weight in internal politics) in the State organization and the character of the apparatus preparing the decision for immediate disposal, as well as its ability to function form a functional unit. From the point of view of alternative

decisions and their elaboration, the relevant data, phenomena taken into consideration on the appropriate scale are points of assumption, which often can not be made completely homogeneous without a certain simplification, without having to give up some of the abundant partial tasks of the actual implementation.

Homogenization is an operation performed to prepare the decision. The actual opportunities of adopting this operation are generally technical, because the political, economic, and ideological aspects and conditions are in the necessary configuration with one another and within the general situation — the decision concerning the direction of society is simply the mechanical synthesis of these aspects — and not only is reinterpretation possible, at any time, but it is also very often advisable. The scope of State duties and competences forms, however, a less coherent sphere than the totality of the political, economic and ideological spheres. In these forms of activity, within this scope of activity, within the actual division of State activity there is no chance to interchange competences, no chance to being given priority, — unless a structural change takes place.

The situation is, however, different in respect of the scope of duties where reinterpretation is always possible, viz. starting from the general rule. This operation may also have a certain effect on the competence. In certain cases, this effect appears as improvement, but it may also have a disorganizing effect. Of this technique, possible and actual transposition, adaptation to a different level of decision-making is an essential part.

The essence of the transposition is that it is performed partly by *draining the competence away from one level and over to another*, partly by *transmitting* the actual decision, with no change in the actual order of competences. In some contexts, this connection develops symmetrically, on one side possibilities and opportunities of decision-making are concentrated, accumulated, while on the other evasion of responsibility, keeping out of harm's way, indecision, shifting decisions upon higher authorities can be observed. In such cases, it is a delicate problem, from the technical point of view, to assess rightly the *dimensions of decision-making*. As the organs placed in different positions of the hierarchy of decision-making do — right from the start — not function as equals, the ways as they see and understand the problems resulting from the division of labour are also not alike, and their alternatives are not uniform, either; but they may replace — or may be substituted for — one another, and thus complete technical breakdown is avoided. Conception, plan, failure of tasks on both sides may interpenetrate without sharp contours. Ignorance of exact dimensions keeps the technical advantages of being part of an organization from developing. This formal limitation, the lack of technicality may also react upon the meaning of competence, resulting in a loss of meaning, and thereby disturbing the functioning of the whole apparatus.

The factors determining and influencing State decisions on the direction of society are, of course, of a large variety, even in addition to those hitherto mentioned (e.g. political system, economic conditions, historical situation, legal traditions, level of civilization, democratism, conservatism, and risk-taking, political courage etc.). But what is here involved is much more important than technique.

The general ability of the State to direct has considerably been increased in the period of the advanced socialist society, because society has an interest

in making use of the full system of means at its disposal. The State organization first makes the processes more subject to its direction, and also extends the scope of its competence. And thereby the part of the organizational factor is made more important in the life of society.

The socio-economic, scientific-technical, demographical and other processes of our days show a high degree of dynamism and, consequently, the time factor has a particular importance. The objects of direction are integrated and the individual levels of direction, as well as the connections of implementation are becoming more complex. On the basis of the above, the evaluation of the machinery for realizing these functions should be approached from a new angle. The content of the earlier functions of the State (economic, political, ideological functions) is changing, the function of guaranteeing the proper living standard of the population has an increasing importance.

A major trait of performing the functions of the State embracing the whole population is the setting and solving of complex tasks. In this, the increased co-operation of the individual members of society are reflected, as well as the increased opportunities of the State for directing the social processes. It becomes equally clear that the solving of tasks is more and more simultaneous, and not successive. The elaboration of complex programmes aiming at solving the most important scientific-, technical, socio-cultural problems is a timely ideological and practical task. Such programmes allow the centralization of the energy resources in order to solve the problems given high priority in the national economic plan. In the light of this, we should examine the tasks of planning and directing the economic machinery of society. Between those who organize society and those subjected to their direction a close connection should be formed. The interdependence of the objects and subjects of direction and leading is increasing and the opportunities of the system for economic stimulation are multiplying. The State uses several kinds of means of influencing; the traditional methods of State activity are being supplemented. In State activity the part of economic methods, the importance of the new economic motivators are increasing and, consequently, the scope of State activity is becoming more extensive and State influence intensifies. Complex application of State methods finally promotes the better understanding of socio-economic processes, and the elaboration of methods which are the most appropriate for encouraging these processes.

The State plays the part of an organization embracing the entire population in the advanced phase of the development of socialism, and organizing social activity by employing the results of science and technology. The State directs the processes promoting the interest of society in its capacity of the political and administrative organization of the people. In this connection, to separate and distinguish between the processes of recognizing and reflecting the objective laws by State and non-State methods and the problem of effective State influence seem to be timely tasks. In the last analysis, the increasing efficiency of State activity expresses itself by the fact that the social processes are getting more and more under State control.

The interdependence of *deciding* and *implementation* is a major problem from the technical point of view, as well. *Decision determines implementation in a general way — and the possibility of implementation reacts upon decision.* Thus, the machinery for making decisions cannot be improved without doing the same to the implementing apparatus and without ensuring a corresponding level between the two. Decision is, therefore, not an absolute

priority in itself, though it is one of the basic, pivotal questions of direction. Implementation is a comparatively independent machinery, partly as an organized functioning of the executive apparatus, partly as an organized functioning of the entire society.

In the process of decision and, later, of the functioning of the executive apparatus an important consideration is *to augment the readiness of society for accepting the decision*. The difficult point, seen from a certain aspect, is to have the decision accepted by the entire society. The decision is right when it is rational, expresses a kind of abstract rational quality. Its acceptance, however, does not happen unambiguously, on the basis of rationality; it has also emotional, passionate, traditional etc. elements. The level and character of discerning the problem, the integration of interests appear in another way, i.e. *the decision and its acceptance is not the same thing, they are not on an identical level*, and cannot be brought to the same level; all these make a difference for the technique of implementation. The importance of ideology, in addition to politics and law, is increased by the fact that it has a prominent part in ensuring social balance and co-ordinated functioning.

Making the decision accepted, executed or implemented by society can be seen, from the technical point of view, as the functioning of a separate unit and this may generally also be taken as motivation. All the means or incentives which promote the implementation of the decision are comparatively independent motivation techniques used by the apparatus making the decision, or rather executing it, for the most part consciously, in order that it may realize the corresponding tasks.

The mean value of the actual motivating effect can be foretold but the exact sum cannot be calculated. The individual motivation techniques form, in dynamic interconnexion, an extremely compound, *complex motivation system*, acting jointly, not separately. Some forms of behaviour are, however, better motivated than the others. The motivation techniques as basic formulae may be schematized so far as they are ordered in sub-systems. The best-known *sub-systems* are

- enforcement
- material incentive
- influencing
- persuasion.

Within these sub-systems, widely different forms can be found. (E.g. enforcement: as physical, existential, economic, spiritual, political, legal force etc.)

The technique of enforcement does generally not rely on the supposition that the forced person wanted to identify himself with the aims of the person forcing him or that, for this person's sake, he would be ready to co-operate with him; the forcing person, therefore, extorts the behaviour corresponding to his aims from the forced person. On the other hand, the *technique of material incentive* buys co-operation; it ensures material advantage to the person showing the required conduct. This conduct depends on whether it is worth to this person or not to adjust the materially incentive aims to his or her own. The *technique of influencing* wins over the person under its influence to its own aims and objectives up to passive obedience; the person accepts the aims set for him by others and squares these with his own interests and intentions. The required conduct is the result of the possibility of bringing into harmony the assigned aims with his own, of accepting both. The *technique of persuasion*



also wins the person convinced, who identifies himself with its intentions, considering these as his own and adjusts his own aims and demands to them.

The functioning of these systems of motivation is built, from a certain point of view, on the fact that the motivated person, the object of motivation gauges *rationally* the alternatives presented (e.g. when facing enforcement, he rather acts as required than to suffer violence). This consideration, however, is not only rational, it contains *other elements* as well, e.g. it has irrational, emotional, passionate sides as well, influencing the depth and direction of motivation. Thus e.g. the technique of enforcement may be intensified by fear, the material incentive by greed, avidity, envy, the technique of influencing and, particularly of convincing, by courage, self-respect, self-satisfaction, thirst for power, hate. The case in point here is not only a number of individual characteristics and qualities, but also the social atmosphere. The application of one or the other motivation technique through force or preferential treatment may particularly *stimulate*, stir up these qualities or sentiments in the individual and in the social context, to a certain extent (e.g. the technique of enforcement may stimulate fear, passivity or bullying simultaneously, the technique of material incentive avarice, selfishness etc.). The stimulative connections mentioned above have a certain importance from the point of view of which motivation technique to select, which technique is appropriate for which person, and what ratio to establish between the different techniques, in case of joint application.

If we take the most current types of decisions on the direction of society as a basis, it will be obvious that, in principle, the executive power has, in every sphere, the *best motivation technique* at its disposal; and also other less successful techniques. In first approximation, thus, e.g. in the economic sphere, material incentive may seem to be the best method; in the ideological sphere, influencing and persuasion; in the political sphere, convincing, influencing and forcing. But it is worth noting, even in the first approximation, that a grouping of this kind may not serve other purpose than immediate correction. As e.g. if the successful implementation of a decision of an economic kind supposes considerable creativity, an active adaptation of the objectives will be needed, i.e. the motivation technique of conviction may be confirmed by the technique of material incentive, but cannot be supplanted by it. For making an economic form popular, material incentive may be an adequate means, but the best motivation technique for the radical liquidation of an economic form is not this, but economic coercion.

Not much chance is left for the mechanical schematization, because decisions may also appear in a disguised form, e.g. an economic decision as a political one, a political decision as an economic one. In such cases, the selection of the appropriate motivation technique is a question deserving increased attention. The *possibility of motivation*, the frame of reference, the successful application of the motivation techniques over a fixed period of time are given in social and historical terms. The alteration, the change in the nature of decisions is considerable, on the ground that in the process of implementation improvement is to be expected in the motivation technique and this may multiply the changes during implementation; in other cases, however, it may cause simply damage. In technical terms, it seems equally a mistake if e.g. the implementation of a decision is founded on a single — and not even the best — motivation technique, or if — going to the other extreme — we display as extra provision the arsenal of a large variety of means, all togeth-

er, at the same time, though too much provision tends to stifle successful functioning almost completely.

Another aspect of applying and enforcing the motivation techniques for the implementation of decisions is the character of the decision, in the sense whether the decision is an *authoritative*, *normative* or *operative* one. Technically, the authoritative decision motivates decisions of a normative or operative character; the problem it raises falls directly within the scope of decision-making about the direction of society and not within the scope of implementing decisions of the same kind. The interconnexion of normative and operative decisions is characteristic from the technical point of view, it is part of the issues concerning the structure of legal technique.

#### 4. The structure of legal technique

The *operative* direction generally applies to particular persons and situations; the *normative* direction, however, does not apply to single persons but to persons and situation-types in general. The basic unit of the operative direction is the case, that of the normative direction is the case-type, and both are, within their own frame of reference, real decisions.

The most important form of normative direction *in operative terms*, — i.e. direction through norms and rules — is the law. The essential difference between the normative and the operative forms is that on the operative decision the normative decision (in its character of rule) is generally binding; consequently, operativity is generally subordinated to normativity. The sub- and superordination, rule and subjection, are thus present, separately as well, in subjectivizations. E.g. in the fact that the normative directing organ cannot, under any circumstances, be the immediate directing organ superior to the organ authorized to operative direction (it is superior to it, nevertheless the other organ is subordinated to it because of its directing position *in normative terms*; because it must accept normative direction as general direction). This is the power of the normative direction over other State organs, the actual objectifying system within the State apparatus.

The law as progress in the forms of activity is the creation, application and implementation of the law. Of the forms of motion, the law is a peculiar form of social leadership and direction. In this sense, the law operates on a higher plane than the operative direction of society, it is on a higher level. *Law is, therefore, the dialectical negation of the operative direction of society*: in this sense, it is *no direction* and, at the same time, it is a kind of peculiar *concentrate* of direction. It is generally superordinated to the operative direction, which is subjected to its direction in general terms, because of the superordinated organ's normative authority over it; but it is, equally, only a means to this end. In this connection, it is also an operatively relevant function, within a fixed scope, where it replaces, makes superfluous the operative decisions, as far as rules may be substituted for the body of operative decisions.

The law as direction and non-direction is a system of norms or a system of forms. It is a generally binding and functioning, comparatively stable system of rules, provided with special authority and power, the efficiency of which is ensured not only by its authority, rational content, convincing force, traditional elements or by the trust placed in its professional expert applier or

official maker, but also by the enforcing and prompting power of the social machinery — and, within this, the authority of certain State organs in particular — created for ensuring the observance of the law and for having it observed.

Law is a general and compulsory *pattern of conduct* and also a general *standard of behaviour* for each member, each organization of society. The pattern makes the compulsory requirement general, and the standard makes the compulsory evaluation general: for technique of the functioning of the law new prospects are opened up by these circumstances.

Some structural respects of the law *as a pattern of conduct* are of no interest either to making, or to applying the law. The law as a pattern of conduct is, on the one hand inherently stable, though only in a relative sense — the time factor has turned out to be different, from the outset, from what it seems to be in the various forms of direction — on the other hand, it is characteristic in its form and cannot be itemized, formalized except in this form; and this relative stability is mostly based upon its characteristic form. Through the hierarchical nature of this form survives the hierarchical relationship between directing and directed, viz. the relation between the maker and the subject of the law, the maker and applier, those having authority and those subjected to authority. In this connection, the law is a *complex, hierarchical structure*, and as a complex form ordered by a design, it shows very great stability. In this respect, the fundamental form of the structure can but slightly change, the content of motivation, on the other hand, can do so to a considerable degree, and this, together with the changing motivation technique, reacts upon the function of the whole structure.

These statements in technical terms need obviously some explanation. The interpretation starts from the fact, *how law functions*, what structural connections it has. To a certain degree, these may provide a basis for the technical requirements the norm has to satisfy in order to be really applicable. It seems to be an entirely absurd starting point, lacking all objectivity that e.g. the citizens read the official Gazette, they find out this way what the prevailing law is, then, when opportunity arises, they decide accordingly about their own legal or illegal behaviour. It is nevertheless a fact that most citizens and organizations proceed according to the law. Consequently, there is, all the same, an other way how to recognize and apply the law. This way may be found in the peculiar motivation influencing the motion and progress of activity forms. In this respect, the levels of motivation as structural forms and functional units may be taken into consideration.

In this approach, law is *first the established, valid rule of the law*, i.e. the standard norm issued by the law-making organs, establishing what the members and organizations of society should or should not do in particular case-types or how the authorities should make the rules of law respected. The valid rules of law have authentic recorded texts.

*Secondly*, law is *the regulation to be enforced*, partly the valid rule of the law, partly the ensemble of the techniques for interpretation, ordered to it by social experience — and by creating and bringing the law into operation, in particular. — The legal axioms and all the principles, and fundamental rules of legal policy and law-applying fall within this scope, as well, and though not expressly formulated as a thesis grounded in valid rules of law, without these axioms the valid, established law could not actually be brought into operation.

*Thirdly*, law is the rule of law in operation, i.e. the tendency of the valid law to present itself in the law-administering activity, the decisions of the authorities functioning to maintain law and order.

*Fourthly*, law is the *generally accepted law*, i.e. the tendency how the valid law becomes manifest in the legally relevant behaviour of the subjects of law.

The enumerated types of phenomena are distinct *technical motivational levels* of the law, forming the *currently prevailing law* jointly, integrated in a functional whole.

In technical terms, the *prevailing law* is not a loose heap of motivation levels, but a system of structurally and functionally connected interrelationships.

From the point of view of optimizing law-making and bringing the law into operation, the nature of this structure and function is obviously a fundamental question. The starting point is that the above-mentioned hierarchical structure is a highly stable element.

That is to say that law-making takes generally place on a higher plane, above the level of the authorities administering the law and of the subjects subordinated to law. The application of law is determined by law-making and subordinated to it; it is, authoratively, at a lower level than law-making. The members of society and their organizations are also subordinated to the authorities administering the law within the framework of relations regulated by the law. Law-administering is, authoratively, on a higher plane compared to those to whom law is administered in an authoritative process. And not only are the members of society classified by their legal subjection into a lower grade than that of law-making and application, but they are also *participants* of and *obligors* to this regulating system. As participants of and obligors to law, they are the subjects of legal relations, and so they take lower or higher positions within their own relationships and in relation to one another; from there they can assert their conflicting interests and wills, forming a fixed hierarchy.

Thus, being a legal subject is, partly, a manifold system of *subjection* within the structure of legal normativity, and partly, just in this way, a *functional scope of action* for enforcing actually ensured and hierarchically ordered interests. The subject of law is not only an obligor to but also a participant in the *order*, actual as well as supposed. The law is, in this sense, a *well-ordered balance of rights and obligations*. This is the pivotal issue of legal motivation; a necessary, supposed and actual symmetry between rights and obligations.

Owing to the existence of the rules of law, people are virtually pre-supposed to be ready to co-operate within the frame of society and, in this connection, to have a *sense of duty*. In legal rules, the law turns into *authority* (autoritas), the sense of duty into *legal responsibility* or *liability*. Through their interaction, the premiss from which the law starts is that illegal behaviour is *antisocial*, and for being antisocial each member of society is responsible, and liable to be called into account.

Broken down by the levels of motivation, the following are *illegal*, i.e. contrary to the law: firstly, the conduct not corresponding (opposed) — to the universally accepted law; then — to the law applied and to the regulation to be applied; and finally — to the valid, prevailing law. The enumeration began, obviously, with the lowest level of motivation, and not without

cause. It is at this level that the subject of law happens to be the best-informed about the law, as well as about the ordered and well-known equilibrium of rights and duties. What the individual as subject of the law is the least informed about is the valid (positive) law, despite the fact that this alone has an authentic text. But this is to be expected. We have, right from the outset, excluded from our analysis the hypothetical model whereby the citizen would read the official Gazette regularly, from day to day and then strictly conform his whole conduct to what he had read.

We are just mentioning in passing that familiarity with the legal material and with its application to organizations is fundamentally different from being acquainted with the material providing for the citizens alone. The motivation system adjusted to organizations is built, principally, on work and task requirements; here familiarity with the rule is part of the required knowledge necessary for performing the tasks falling within the sphere of one's work. Familiarity with the rule of law, as well as with its motivating mechanism is expedient in the particular organization. In a major organization, there is, as a general rule, a unit which actually reads through the official Gazette from day to day, as a regular task, in order that the organization may function smoothly and regularly, and this unit keeps the employees concerned informed about the rules. The organization is here not only an informant but also a peculiar motivating factor.

It follows from the above that, as concerns illegality at the different levels of motivation, no adequate congruence is possible; at best essential identity or identity of orientation can be established. It is common knowledge that even this identity is lacking in several cases (in terms of the motivation of the currently prevailing law, the behaviour is illegal but from the aspect of the motivation of the tendency governing the actual conduct of the subjects of law, the same behaviour may seem legal (i.e. non-illegal). At the technical levels of motivation these categories may, therefore, be, according to their content, the negation of each other — they need, however, to be non-identities. — These are circumstances which do not affect directly the form of law, but they change its *content*. At any rate, it is a paradox in the sociological sense of the word that the essential point in the functioning of law will be exactly the point where the information of the subject of law is poorest — i.e. positive law — and it will be the least essential point where the information of the subject of law can be considered full, i.e. the generally accepted law. From a technical aspect, however, there is nothing particular about this, it is only the regularity of the structure, becoming manifest. And this is the axiom of law, whereby responsibility is a normative concept, in the first place and, therefore, its content is expressed by the form — i.e. by positive law; pro secundo, it is not identical with its form. Legal responsibility is, therefore, the peculiar situation of the subject of law, a sort of consequence, where the rule and the conduct or result not complying with it are distinct, individual elements vested with or subject to the authority of legal restraint. This constraint is partly of internal origin (sense of duty, sense of legal responsibility), and partly of external origin (possibility of calling to account, apparatus for enforcing the law) and, in fact, is made up of both.

Law is a complex pattern of behaviour from the point of view of the *development of responsibility*. The motivation-technical levels of the law play an important part in the extremely complicated process of one's becoming

aware of and asserting his or her responsibility. These technical levels may also be characterized — if simplified a little — by abstract requirements because they give a general character

— to *positive law* and the regulation "you should behave as prescribed by the law;"

— to the *applied law* "you should behave as required or tolerated by the authorities;"

— and to the *generally accepted law* "you should behave as everybody else behaves."

The *difference in degree* indicated here may also be interpreted, in principle, as an *interactive* relationship between the positive legal norms, where the content of the norm appears as a change in the relations, which change, in its turn, results in putting an end to the predominance of the norm. In this way, the generally accepted law deviates most from the norm, becoming finally a convention, and is known generally in this quality. At the same time, it is *no* legal expression *any more*. As a law, accepted not from law codes but by virtue of interpersonal conduct, it may be the strongest promoter of or impediment to the effectivity of positive law. Because of this, it is a criterion of formulating and bringing into operation the positive law.

In the indicated fields the motivating technique of the law is obviously different from the technique of being familiar with and understanding the law. Positive law is part of each of these fields, but differently for each, and these different units become in a way *criteria for one another* in their motion and progress. However, the valid positive law is determined only in form, and if e.g. the law created in the process of the legal practice of the authority as "applied law" or the generally accepted adoption (or non-adoption) of the law developed in the process of conforming to the law is compared with it, it becomes clear that these — unlike positive law — are no definite forms, only tendencies and, in this sense, patterns of behaviour originating primarily from the operation of positive law. As patterns of behaviour, they form a motivating technique of conforming to the law and a criterion of creating and administering the law.

## 5. Functional dimensions of legal technique

To distinguish the law as a *pattern of conduct* from the law as *standard of conduct* is an essential technical consideration from the point of view of elaborating legal technique, and bringing it into operation. Both fundamental aspects affect structural and functional problems, but not with equal impact. Law as the standard of conduct is particularly important in functional connections.

Law as the standard of conduct is determined by positive law formulated in the process of law-making (legislature) and was given a concrete expression in the process of administering the law. The dynamics of transition from law-making into law-applying unfolds owing to the autonomy and integrity of these two legal functions. The generally determining regularity — and the starting point — is the differing nature of the operations, in functional terms. I. e. *the law-giver establishes authentically what the law is and those applying the law establish authentically, what the rights of particular persons are.*

By the dynamic unity of law-making and law-applying, responsibility

and sanction are combined, they are integrated into a whole, not simply joined together; they form an organic relationship. Legal responsibility is the possibility of calling a person to legal account, by reference; using several kinds of motivating techniques. This possibility is realized when a person is really called to account. Calling to account as establishment of responsibility and imposition of sanctions is, on the one hand, the almost exclusive duty and authority of those applying the law. On the other hand, the imposition and implementation of sanctions are only a kind of motivating enforcing technique, in the process of which the possibility of constraint turns into actual fact. Thus, different things are made to approach one another in scale and motivation techniques and, at the same time, they are also closely connected as different phases of a single work process. From this functional point of view — as interpreted by this kind of process — what we are emphasizing in the first place is not that the issue in question is the form reflecting the functionally separated functioning of different organs (law-making and law-applying organs at different levels) but that these *different organs function jointly, as a system*.

Within this system, the modern codified law is the *norm accommodated to functioning*. The legal basis of imposing and implementing the sanction must be the valid positive law, made exclusively by the authorized organs in a peculiar form, with the rules *promulgated* in proper form, too.

This latter is an essential means of the technique of law applying. The act of promulgation is a technical device in the technique of applying the law as standard of conduct. This formalizes the law as a generally known and accepted entity. Promulgation is the reflection of law-making upon the generally accepted law. With this device, the valid positive law may present itself in such a light as if it were the only technique of legal motivation, laying thereby the foundations of the technical formula that the valid law may be identified with the prevailing law.

The content of the rule of law becomes, by being promulgated, really accessible to each member of society. The axiom that every person should be familiar with the law may be considered in this connection.

That this is only a technical device which is a prerequisite of law-applying is also shown by the fact that most rules of law come into force on the day of their promulgation. From this day on, they are considered applicable and application is no longer optional, but compulsory. But on the day of promulgation the official Gazette with the text of the rule of law is far from being on the table of every applier and every subject of law, and if it is, they have, all the same, no or little opportunity to study the text closely, for immediate use. This may seem to be a small technical problem, yet it shows that, within the functioning of this system, only the likelihood of being accepted has fundamental importance, and even that is relative; the other qualities matter much less.

It is irrefutably a precondition of law and of its application that no one is exempt from legal consequences, even if they are not acquainted with a particular rule of law. The law becomes through this axiom the current, sanction-type standard of conduct. In this sense, the law is a system of norms, familiarity with which is supposed to be compulsory for those applying it, and not just acquaintance, a general knowledge, it outlines, but an exact, verbatim knowledge recorded in the authentic text of the rule.

The proliferation of rules is also encouraged by the technique of formula-

tion for communication, in the field of valid positive law; this technique allows an increasingly detailed and close interpretation of a peculiarly flexible kind.

The process of centralization which, among other factors, characterizes the present-day development of legal technique, develops a hierarchically structured division of labour between law-making and applying the law. The general, generally accepted law fades into the background as a motivation technique. The connection between law-making and law-applying becomes more and more close, *a major shift ensues in law from conduct-pattern towards conduct standard*. The totality of the prevailing law becomes, formally, more "normative" in the spirit of the sanction model of positive law. With reference to content, an opportunity offers to make it more "operative", or rather that it may show a timelier functional expediency, adapted to the strengthening of the form.

The above-described technical change deserves investigation in two respects.

*In the first place*, the above change enables also the operative content to appear in normative form. The question at issue is, of course, not a kind of change in principle; a number of rules containing an operative measure are known. In this case, they will be degraded; the form expresses what it had to deny, dialectically. The form, used so, practically reverts from abstract conduct pattern and standard of conduct to a concrete means of direction, a non-norm. In several cases, this in itself may not give any trouble, nevertheless it is a practical problem that such a rule has not the same character, scale and degree of efficiency as the motivation technique of a real law has. It seems to be the obvious advantage of this technical change that legal regulation may also provide for such relations where the interestedness of the subjects of law can be demonstrated, even through multiple mediation, as usual; else, without this interest, a convention could never be reached. The scope of legal regulation can, therefore, not be extended without adding to it another technique, which is different from the norm governing the regulation. In these fields the decreasing efficiency of the norms is compensated by the increasing efficiency of administering the law. Therefore, law-making turns with growing interest towards administering the law. The unequal development of law-making and law-applying is repeated at every level of the whole system of motivations in the prevailing law and this raises new technical problems, in its turn.

*Secondly*, the above-mentioned technical change led to the creation of new functional expediences. As the problem of making the regulation accepted was, in principle, solved by the technique of promulgation, the creative function of the rule as standard of conduct became possible through the operation of law-applying — though at the expense of narrowing down, restricting in a way the motivation technique; it was also rendered possible that the complexity of direction and its functional expediences might penetrate, find a way into the norm. In this sense, certain constituents of positive law directly become forms of State organization and supervision; partly so that they systematically adjust the norms of positive law to the actual State practice of directing society, partly by expressing the projected objectives of this practice in legal form. This technique is — in a certain sense — alien to the norms; its motivation technique is only partly legal motivation (originating from the legal form), legal retribution has come into consideration from



the start. At the same time, the possibilities of legal constraint are not applied all the time, because the projected results have to be achieved mostly without the co-operation of legal technique.

The above *technical change in the prevailing law* develops mainly in the field under the direct control of the State organization, e.g. economic management, technical development, distribution, price regulation etc. The decision, expressed in legal form — in formal terms a rule of law — is in functional terms substituted for decisions of an operative nature and standardizes these decisions. It is the rational regulation of what should happen in an ordered functional unit. Its fundamental characteristic is its planned character, *adapted in its scale and dimensions to organizational forms*. Its development is assisted not only by the nature of State operation, but also by a peculiar social climate. But the technique of making a regulation of this kind prevail resembles the functioning of an operative decision rather than that of a norm. Following this line, certain elements of the prevailing law may also be so classified that one group of rules relates primarily to the citizens, while the other to juristic persons and organizations in general. But the first group of rules also applies, according to meaning, to the group mentioned in the second place. However, the two spheres cannot be separated from each other by the present technical apparatus of law-applying.

The role of positive law in stating the individual rights and obligations of citizens is increasing. Owing to this increase, a *shift in ratio* occurs within the body of rules of the positive law. This again leads to structural problems and causes fresh technical problems. *On the one hand*, it becomes a means to specialization and organizing, and a close connection develops between economic planning and law-making. *On the other hand*, the normative motivation mechanism is completely transformed, it concentrates its full attention to the details of law-making and -administering. To apply law in this way, as a technical possibility, may promote the idea (which is an illusion) that there is nothing that can not be directed by the law. But from this conception, fresh technical problems result: regulation superabounds, it turns into a burden of inertia, and the rules weigh heavily upon the applier of the law.

The significance, degree and technique of applying and enforcing the law, and legal regulation are obviously in a state of change, and in certain respects the change is far from being insignificant. The process of change also effects the minor phenomena and details of legal regulation; they are much more comprehensive than before, and more closely connected. It is evident that the law has the character of a social means and as a means, it has a self-development peculiarly its own.

## 6. The State as maker of the law in the form of decision

The interests of socialist society, with their different levels, dimensions and degrees of intensity, are integrated into its political system, as common general interest established upon a compromise. This interest appears further on in the political system as the starting point of the process of decision-making.

The system of values seems to be connected with the social structure. This relationship is, however, not reflected automatically in the political system; a number of mediating mechanism, (e.g. the legal-organizational

traits of the expression of interests) may give a bias to the expression of social values. Human activity directed towards experience on a social scale is always of a political kind. Correspondingly, the interest-integrating process of socialist society is also of political character, and if it takes an apolitical orientation, it is a function of the lessening differences between interests.

While the socialist political organizations, by virtue of their character, deal generally with the contents of single decisions, the duty of the State organization is to formulate — by using its legally regulated power — in the form of actual rules of conduct the requirements recorded in decisions for its members and organizations.

The process of decision making is of dynamic character in a double sense. Partly, because in the political system with its relations of sub- and superordination functioning formally and non-formally every decision presupposes a decision of a lower degree (made at a lower level; let us think e.g. in connection with the legal system of the practice of the "multistage" legal regulation). But if we take into consideration a single decision alone, by strict definition, it can be observed that even this is made up of several elements developed during the process of implementation. The structure of the decision is analysed in the literature of the subject from several aspects. What seems to be common to these approaches is that the essential part of the decision is the elaboration of alternatives and the choice between them.

In the political system of the socialist society the *process of deciding*, broadly speaking, lasts from the start till the promulgation.

(a) The expression of a social need as an actual demand requires the proper reflection of these needs in the elements of the political system. This takes place mostly within the framework of the socio-political organizations and the Communist Party has an outstanding role in this. With the development of socialist society, both the various social organizations and the initiative of the citizens have an increasingly important part in local and central decisions alike.

(b) A further important political issue is the determination of tasks and objectives. This is in close connection with the establishment of the hierarchy of interests and values affected by the decisions. The integrating function of the political system becomes manifest mainly here.

(c) After setting and formulating the tasks and objectives, decision-making is virtually transferred to the State organs, where an important part is played by a special apparatus. The duty of this apparatus is primarily to get acquainted with and understand the problem in its smallest details and, on this basis, to search for and explore such possibilities which may help to develop social relations in the desired direction, as planned. It is also of great importance that the possible reactions to how the different values and interests are affected by one or the other variation of the decision should be carefully considered.

(d) In the political system of socialist society, the special apparatus of the State organization has a highly important role, in addition to preparing alternative decisions, in — formally — influencing the choice between the alternatives. Thus the prime function of the State political organs is to supervise the draft decisions submitted for approval by the apparatus. As far as this corresponds to the interests given high priority by the political system and to its aims, and is in harmony with the conditions and possibilities determining the content of the decision, these organs confirm the

decision, with the legal authority vested in the State organization and the decision becomes thereby a rule of law.

(e) The technical completion of the process of deciding takes place again on the plane of the special apparatus. When the decisions are formulated, they have to be forwarded to the addressees through adequate communication channels.

Of course, the above-discussed, roughly outlined model describes only in general terms the process of decision-making in the context of the political system of socialism. In real life, this process is much more complex and conflicting. Let us refer to the fact that the socio-political organs may be broken down by their elected, representative parts and by their special apparatuses, and may have a part in the process of initiating the elaborated decisions. On the other hand, the special apparatus not only performs work of a technical, specialist nature, but also political elements appear in it, with their own inner structural interests. Besides, there are political decisions which are not given legal expression, even if they originate with the State organization.

The completion of the process of deciding is also highly comparative by nature; comparing bits and pieces of information received about the realization of the decision with the situation regulated in the decision (i.e. control) is nothing less than the *feedback mechanism* of the process of deciding. This, on the other hand, may serve as a source of information for fresh decisions. The processes of deciding grow out of each other this way.

Of the social context of decisions, it is imperative to discern, which social group or groups have the opportunity to direct the social relations. Behind every political idea the theoretical generalization of the experience drawn from the actual relations of practical power is to be found, showing which form of sharing in the decision can be considered the most appropriate. The manipulation — even if not in the modern sense of the word — runs through the political and historical development up to the present and its essence may be summarized in how much the subjects of and persons interested in the decisions can succeed — when aware of the objects of decision — in opposing or, at least, changing the relations of interestedness "narrowed down" to the form of "false awareness." The point is the interconnection between democratic conceptions, formulated for the most part by political and legal norms and of the practice of deciding, which expresses and reflects actual power-relations, and within these relations a question formulated under modern conditions, or mostly so: to which extent is the availability or non-availability of (having or not having access to) information a determining factor of the actual participation in decision-making.

After the bourgeois revolutions, the illusion still survived for a time that the ideas of the revolutionary ideology may be translated completely into the political practice of the new social formation. But only a short time had to elapse before the unrealizability of this conception became evident. The modern *capitalist* State kept itself at a distance not only from those lacking economic power but — at least relatively — *from the ruling class, as well*, though not when expressing interests, but when acting in its decision-making capacity. In this way grew the democratic corporative organ into such an authority (being most of the time an opposer of legal regulation) where decisions made elsewhere are upheld and validated. The executive authority is, only, even at best, a mediator between extra-parliamentary forces (and even

forces outside the State). The various representative forms have by now mostly lost their authority as institutions.

Sociology, by throwing light on the contradictions between the norms of the decision and those of the actual situation, made the first step towards revealing the difficulties. On principle, there are three solutions to the contradiction: either, in future, reality be better adjusted to and fall into line with the norms (though these are often provisional and based on statistical estimates), or the normative regulation should take into better consideration the actual situation, or a balance should be established between the two methods. As the norm always means change, something different from the existing situation, the objective character of the change corresponding to the objective, actual possibilities should be guaranteed for the decisions. S. Verba rightly sees the difference between *actual* and *formal* decisions in this very contradiction, the solution to which has to be *to find the real social and value factors of the decision*.

The decision-making mechanism is not free even in the socialist State from a dysfunction viz. that, in most organizations and in their structure — possibly just despite the norm —, decisions are made *in an administrative way*. To eliminate this and keep a check on administration, one of the possible means considered was formulated into the idea of self-administration. According to this conception, self-administration integrates the forms of activity alienated from the employees and workers, restores the unity of physical and intellectual activity, science and production, decision making and execution. Exponents of this conception argue that the real centres of decision making, in certain periods of historical development, fell beyond the scope of the representative organs, but — in the opinion of the partisans of self-administration — it is no longer so, because all those who obtained a right to do so, by virtue of their work, are allowed to participate in decision making.

An analysis from the point of view of practice raises certain problems concerning this conception. The members of a group cannot express adequately their real interests in the course of their instinctive actions if these do not fully correspond to the objective conditions. But the highly complex relations of modern society do not make spontaneity possible or, at least, they restrict it within a very narrow scope; they require a conscious, purposeful, feasible and pre-planned activity. The institutionalized framework of this activity is the organization: a machinery for integrating the interests, which, in its turn, promotes and ensures the formation of *communal interest* springing from various, conflicting individual interests that cannot be represented individually in a mechanical way. On the other hand, the decisions implemented in the form of broad social measures, for want of well-grounded expert information, must in all probability be merely formal.

The analysis of the relations between decision and organization refers to the problem that the system of information is part of the ruling hierarchy (just as well as the the system of decision, and to the same degree). Though these two systems are not identical, they cannot be separated, all the same. So all investigations made within the organization concerning communication inevitably comprises the element and machinery of decision-making, as well. The conditions governing the process of deciding suppose that the subject "should have at his disposal some partial information, an *a priori* probability." Lacking this, no rational pattern of decision can be established.

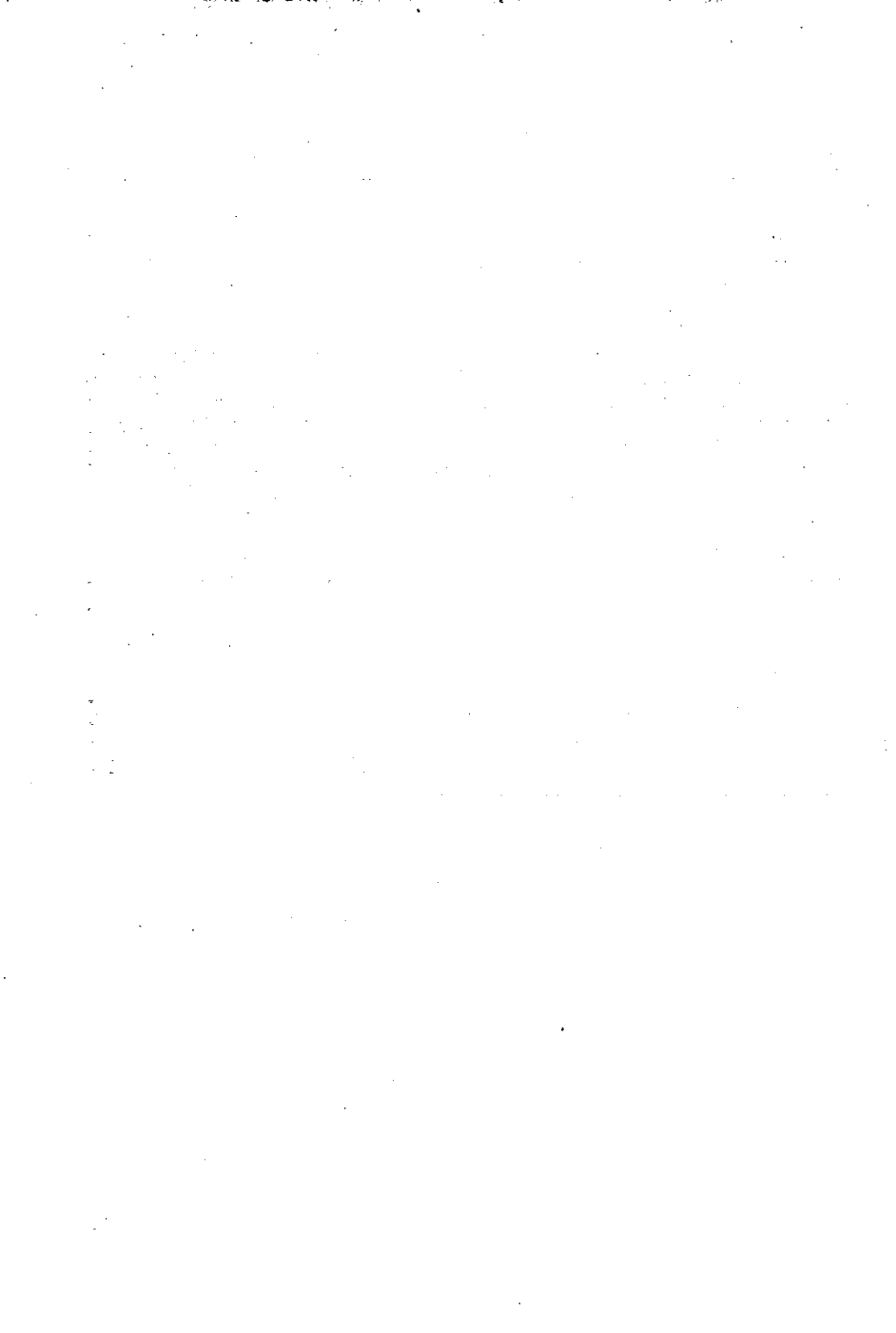
The opinion that information about the object of decision may be an

indifferent or passive element in the decision is an illusion. *To have access to adequate information* is an advantage to those exerting influence on the decision; the reconcentration of decision-making into few hands can be achieved either by hindering and preventing decentralization, or by keeping back and monopolizing pieces of knowledge needed to making the decision. Equally, the guarantee of democratic rights in itself does not ensure the participation in deciding, because the information need of civic activity is in inverse ratio to that of the conflict situation.

What kind of information types are needed for the process of deciding? *L.F.Ward* stated as early as the turn of the century that "nobody should consider himself able to make laws who is not acquainted, at least, with the history of modern organizations, their different systems of money, tax, public works, education, etc. their military and naval resources, their jurisprudence, constitutional and unrecorded laws."

Organs of direction on the same level may be given pieces of information which are different from or identical with the information obtained by a system of direction at a different level. The reason why this is so is that *the social relationship serving as object of the decision determines the nature of information about which a decision has to be made*. Therefore, only information originating from outside the given system of deciding can be noncommittal to the decision, though, evidently, in another constellation, these factors can also be relevant and act — by mediation — as effective information, even by themselves.

The determinants of the process of deciding have to be sought in the context of the object of decision. The reflection of this context does not appear in the consciousness before the moment of deciding. The quantity of information in itself has no determining role. We have, therefore, to strive to have at our disposal a body of information in adequate quantity and quality about the initial situation, the change in the structure, about the aim of the decision, the context, the objective factors etc. From these, we may come to the conclusion that the scientific elaboration of an information system for the purposes of decision is much needed, because the lack of this system makes the possibility of forming irrational decisions more likely. Despite the formulations of positive law, we should face these facts.



## Beweisaufnahme in römischem Recht

### I.

In einem Prozeß bildet der Tatbestand den Grund eines Urteils, d. h. es werden hinsichtlich der Entscheidung des Prozesses wichtige Tatsachen, bzw. Ereignisse, Geschehnisse und Umstände vom Gericht festgestellt. Das Urteil richtet sich nach dem Tatbestand, dessen Feststellung notwendigerweise dem Urteil vorangeht.

Der Tatbestand wird vom Gericht im Laufe der Beweisaufnahme festgestellt. So bildet die Beweisaufnahme im Prozeßverfahren einen durchaus wichtigen Teil, da das Gericht so in der Lage ist, den im Prozeß geltend gemachten Anspruch beurteilen zu können. Oft ist nicht selbst die anzuwendende Rechtsregel oder der Rechtssatz bestritten, sondern die Beweisaufnahme unausreichend. Treffend stellt Paulus fest: *saepe enim non jus deficit, sed probatio* (Dig. 25, 2, 3.). Quintilian<sup>1</sup> aber läßt die Bedeutung der Beweisaufnahme dadurch betonen, daß es keinen Prozeß ohne Beweisaufnahme gibt: *lis nulla est, cui probatione opus non sit* (V. 9.). In Betracht auf die außerordentliche Wichtigkeit der Beweisaufnahme hat man sich in der Rechtsliteratur immer gern mit Problemen der Beweisaufnahme beschäftigt, und die diesbezüglichen Untersuchungen haben sowohl die rechtliche Regelung als auch die Rechtspraxis gefördert.

Die Beweisaufnahme im römischen Recht — wie im allg. das Prozeßrecht von Rom — ist ein ziemlich vernachlässigtes Forschungsgebiet, die Rechtsgelehrten dieses Zweiges befassen sich vor allem mit materiellem Recht, und zwar mit dem Privatrecht der klassischen Zeitperiode.

Was die Beweisaufnahme angeht, sind in den Lehrbüchern des römischen Rechts (Institutionen) bloß einige allgemeine Feststellungen zu finden, wie z. B. daß das römische Recht dem sog. freien Beweissystem gefolgt d. h. der Richter die Beweise im Prozeß frei gewürdigt hat und erst später, in der Kaiserzeit sind Regeln erschienen, die auf das Erscheinen, bzw. der Verbreitung eines gebundenen Beweissystems hindeuten lassen. Die Handbücher geben sich auch im Zusammenhang mit den Beweismitteln mit allgemeinen Feststellungen zufrieden, es werden sogar mehrere Regeln bekanntgemacht, die in Quellen gar nicht vorzufinden sind. So kommt z. B. das in den Lehrbüchern erwähnte *visum repertum* (Augenschein) in den Quellen nicht vor, und das

<sup>1</sup> Marcus Fabius Quintilianus war Rhetor in Rom (35—96). Sein Hauptwerk ist das „*Institutio oratoria*“, ein Lehrbuch der Rhetorik, der Ausbildung des Rhetors, das auf Erfahrungen beruht. Bei Berufung auf ihn wird der Titel des Buches nicht, sondern nur die Buch- und Abschnitsnummer angegeben.

Wort *peritus* bedeutet nicht den Sachverständigen im Prozeß, wie auch der Ausdruck *notoria* (allbekannt) in den Quellen unbekannt ist.

Diese Studie hat das Ziel: denjenigen, die sich eine eingehendere juristische Ausbildung erwerben wollen, vor allem aber den Prozeßrechtlern eine allgemeine Information über die Beweisaufnahme im römischen Recht zu geben und auf jene Elemente des Beweisrechts hinzuweisen, die schon im römischen Recht vorhanden waren.

Bei der Arbeit schien mir die Methode am geeignetsten zu sein, die die betreffende Literatur des römischen Rechts durch eingehende Bekanntmachung der Quellen zeigen läßt. Allein die Entdeckung der Quellen kann zum Thema dieser Studie ein beglaubigtes Bild gewähren, da bezüglich der Beweisaufnahme im Mittelalter, sogar auch in der Neuzeit zahlreiche Thesen — in lateinischer Sprache — entstanden und bekannt geworden sind, die nicht aus dem römischen Recht stammen, höchstens darin wurzeln, oft aber nur Ergebnisse der späteren Rechtsentwicklung spiegeln.<sup>2</sup>

## II.

Das Verb *probare* hat im Latein mehrere Bedeutungen. Eine Bedeutung ist: etwas bejahen, für richtig halten, gutheißen. In diesem Sinne ist zu lesen: *ego semper Labeonis sententiam probavi existimantis...* (Dig. 23, 1, 9.) oder bei Pomponius: *si negotium a te quamvis male gestum probavero...* (Dig. 3, 5, 9.).

Die andere Bedeutung des Wortes: etwas beweisen, jemandem etwas glauben machen, jemanden von etwas überzeugen. Im juristischen Leben geht es wohl darum, daß die Partei den Richter von der Wahrheit ihrer Feststellungen zu überzeugen hat. In diesem Sinne sagt Cicero<sup>3</sup>: *His ego iudicibus non probabo, C. Verrem contra leges pecunias cepisse?* (In Verrem act. II. 1. 4.).

Dementsprechend bedeutet das Wort *probatio* einerseits bejahen, gutheißen, andererseits aber beweisen, es wird darüber hinaus zum Ausdruck des Beweises gebraucht, z.B. *evidentissimis probationibus* (Dig. 28, 7, 2.), ferner *probationibus instruere atque munire accusationem* (Dig. 48, 5, 8.).

Mit der Theorie der Beweisaufnahme haben sich die Juristen des römischen Rechts — wie auch mit theoretischen Fragen — nicht beschäftigt, in den Quellen sind nämlich keine diesbezüglichen Darlegungen zu finden, sie enthalten nur kasuistische Stellungnahmen, Lösungen. Wertvolle Angaben gibt aber Quintilian, der Aristoteles nach

1. die nicht künstlerische Beweisführung (*probatio inartificialis*), die vom Redner ohne rhetorische Kunst (*extra dicendi rationem*) gebraucht wird; hierzu gehören die Präjudizien, die Nachricht, Folter, Urkunden und Zeugen; ferner

2. die künstlerische Beweisführung (*probatio artificialis*), die der Redner selbst von der Sache nimmt, — unterscheidet.

Eine ähnliche Unterscheidung ist bei Cicero (De oratore, 2. 27.) zu finden, der sich im Zusammenhang mit der Beweisführung auf ein Material bezieht,

<sup>2</sup> Die lateinischen Rechtsregeln und Rechtssprüche hat neulich Detlef Liebs gesammelt: Lateinische Rechtsregel und Rechtssprichwörter, München, 1982.

<sup>3</sup> Marcus Tullius Cicero (v. u. Z. 106—43) war der grösste römische Redner.



das nicht vom Redner ausgedacht wird, sondern die durch äußere Tatsachen geliefert werden (wie z.B.: *tabulae, testimonia, pacta, conventa, leges, senatus consulta, res iudicata, decreta, responsa*), er erwähnt aber eine Beweisführung, wozu das Material durch den Talent des Redners, d.h. durch Aufzählen der Argumente und durch Widerlegung der Behauptungen des Gegners geliefert wird.

Diese Definitionen sind juristisch gesehen nicht bedeutend und legen eher auf rhetorische Gesichtspunkte Wert.

Unsere Kenntnisse über die Beweisaufnahme des römischen Rechts sind vor allem aus den Gesetzbüchern von Justinian entnommen. Die Quellen dazu:

|                  |   |
|------------------|---|
| Digesta XXII. 3: | <i>De probationibus et praesumptionibus</i>   |
| Digesta XXII. 4: | <i>De fide instrumentorum et amissione eorum</i>  |
| Digesta XXII. 5: | <i>De testibus</i>  |
| Codex IV. 19:    | <i>De probationibus</i>   |
| Codex IV. 20:    | <i>De testibus</i>  |
| Codex IV. 21:    | <i>De fide instrumentorum et amissione eorum<br/>et antapochis faciendis et de his, quae sine<br/>scriptura fieri possunt</i> |
| Novellae XC:     | <i>De testibus</i>  |

Zur Frage der Beweisaufnahme geben auch die römischen Schriftsteller, von denen neben genannten Cicero und Quintilian auch Aulus Gellius<sup>4</sup> hervorzuheben ist, wichtige Angaben.

### III.

Eine grundlegende Frage ist der *Beweisgegenstand*, d.h. es muß genau festgesetzt werden, was im Prozeß zu beweisen ist.

Aus dem Gesichtspunkt der Entscheidung eines Prozesses sind bedeutende Tatsachen zu beweisen, falls diese strittig geworden sind. Die (Haupt)Richtlinie der Beweisaufnahme wurde zwar für den Richter vom praetor bestimmt (*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere*), das läßt aber zahlreiche weitere Fragen offen: auf welchen Grund der Beklagte Schulden hat, wie und auf welchem Rechtstitel es zur Forderung des Klägers gekommen ist, wie groß die Summe ist usw. Gegen die vom Kläger verlangten Beweisführung ist ein Gegenbeweis möglich, in dessen Rahmen der Beklagte versucht, die Beweise des Klägers zu widerlegen. Den Beweisgegenstand bildet nun einerseits das materielle Rechtsverhältnis, das im Prozeß beurteilt wird, andererseits aber die Stichhaltigkeit, Glaubhaftigkeit dieser Beweise.

Im römischen Recht war die Beweisführung nur bei strittigen Tatsachen erlaubt. Quintilian drückt es wie folgt aus: *argumento, nisi in re controversia locus esse non potest* (V. 9.).

Die Rechtsregeln, die sich auf allbekannte Tatsachen und auf die Ablehnung der Beweisführung zu den Rechtsregeln beziehen (*notaria<sup>5</sup> non egent*

<sup>4</sup> Das Werk „Noctes Atticae“ in zwanzig Bänden von Aulus Gellius (125–175) ist eine Sammlung von Zitaten von Dichtern und von grammatischen, literarischen, historischen, juristischen und archäologischen Angaben.

<sup>5</sup> Das Wort *notoria* bedeutet in den Quellen schriftliche Anzeige (Cod. 9, 2, 7.)

*manifestatione, manifesta probatione non egent, iura novit Curia*) sind erst später, im Mittelalter entstanden.

Natürlich sollte es nicht bedeuten, daß der Prozeß bei den Römern mit allen möglichen Beweisführungen verschleppt werden konnte. Ulpian betont die Nutzlosigkeit des Überbeweizens: *quidquid satis demonstratae rei additur, frustra est* (Dig. 33, 4, 1.). Wilhelm Endemann weist auf die klare Auffassung des römischen Volkes hin, die die Beweisführung unwichtiger Umstände<sup>6</sup> vermeiden ließ.

Es gibt Tatsachen, die so offensichtlich sind, daß sie nicht bewiesen zu werden brauchen besagt *res ipsa loquitur*, Cicero (Pro Milone, 5, 3.).

Die sog. Präjudizien betreffen den Beweisgegenstand. Unter Präjudizien werden Beschlüsse der Behörde, vor allem Gerichtsurteile, bzw. durch diese entschiedene Fragen verstanden. Hinsichtlich der Beweisführung besteht ihre Bedeutung darin, daß dadurch die Befugnis zur Tatbestandaufnahme des Gerichts und damit auch die Beweisaufnahme eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden kann. Quintilian (V. 2.) macht zwischen den Gerichtsurteilen, die als *praejudicium* gelten, Unterschiede. Seines Erachtens gibt es

1. Urteile, die in ähnlichen Fällen (*in paribus causis*) gesprochen wurden, die aber eher als Beispiel dienen;

2. es gibt ferner Entscheidungen, die zu Fragen des Falles getroffen wurden (*iudicia ad ipsam causam pertinentia*);

3. und schließlich gibt es Urteile, die im gleichen Fall getroffen wurden (*quod in eadem causa pronuntiam est*).

Die Präjudizien haben ihre Beweiskraft teils dem Ansehen der entscheidenden Person, teils aber der Ähnlichkeit der Dinge zu verdanken. Diese zu widerlegen ist nur selten möglich, nur wenn sie offensichtlich fehlerhaft sind (*nisi forte manifesta in his culpa fuerit*). Jeder Richter ist dabei, das Urteil seinen Vorgängers beizubehalten.

Quintilian gibt seinen Schülern auch Ratschläge dazu: bei der ersten Form der Präjudizien sind die abweichenden Züge beider Fälle hervorzuheben, während man sich in den anderen beiden Fällen auf die Unbeholffenheit der betroffenen Personen beziehen kann, oder aber darauf, daß die Zeugen im anderen Prozeß falsche Aussage gemacht haben. Der Richter muß aufmerksam gemacht werden, allein den Fall zu sehen und nicht anderen blind zu folgen.

Unter den Präjudizien werden *senatus consultum*, ferner die kaiserlichen und Magistratendekreta genannt. Dagegen ist nichts zu machen, höchstens wenn es gelingt, eine Abweichung zu finden, aufgrund deren man auf die Anwendung der genannten Bestimmungen verzichten kann und es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die Gegenpartei eine später gefaßte Bestimmung von gegensinnigem Inhalt vorzeigen kann.

#### IV.

Die zweite Grundfrage ist die *Beweislast*. Wenn der Beweisgegenstand gegeben ist, läßt sich die Frage aufwerfen, wer zu beweisen hat.

Der Begriff der Beweislast (in den Quellen: *onus probandi*, *onus proba-*

<sup>6</sup> Die Beweislehre des Civilprozesses, Heidelberg, 1860, S. 77.

tionis) war auch im römischen Recht bekannt.<sup>7</sup> Eine allgemeine Regel hierzu ist es: wer etwas behauptet, hat es zu beweisen: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* (Paulus, Dig. 22, 3, 2.).

Die Beweisführung belastet vor allem den Kläger durch seine Situation im Prozeß; er tritt mit Forderungen auf und er hat die Tatsachen zu beweisen, von denen er seine Forderungen ableiten läßt. Marcian formuliert wie folgt: *quia semper necessitas probandi incumbit ei, qui agit* (Dig. 22, 3, 21.).

Demzufolge hat der Gläubiger zu beweisen, das Geld dem Schuldner gezahlt zu haben, falls er so eine Forderung hat, während der Schuldner beweisen muß, daß er das Geld zurückgezahlt hat (Cod. 4, 19, 1.). Günstiger ist die Situation des Besitzers der Sache: er muß nicht beweisen, daß die Sache ihm gehört, sondern jener, der die Sache fordert, hat das Gegenteil zu beweisen (Cod. 4, 19, 2.).

Wenn der Kläger die Tatsachen zur Begründung seiner Klage nicht beweisen konnte, ist seitens des Beklagten die einfache Verneinung genügend: *actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestiterit, obtinebit* (Cod. 2, 1, 4.). Der Beklagte ist also nicht verpflichtet, das Gegenteil der vom Kläger Gesagten zu beweisen, weil: *per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (Cod. 4, 19, 23.).

Paulus schildert geistvoll die Frage, wer in einem Prozeß, in dem die Forderung auf bezahlte Nichtschuld gerichtet ist, zu beweisen hat. Er macht die folgende Unterscheidung:

a) Behauptet jemand, der etwas angeblich ohne Entgeltung bekommen hat, nichts bekommen zu haben, wer aber dessen überführt worden ist, so hat er zu beweisen, ein ihm gebührendes Geld aufgenommen zu haben.

b) Wenn aber jemand von Anfang an anerkennt, das Geld aufgenommen zu haben, so spricht die Vermutung dafür, daß er seine gerechte Forderung aufgenommen hat. Die Vermutung begründet, daß niemand so nachlässig wäre, daß er sein Geld verschleudert oder es ohne Entgeltung ausgibt, besonders wenn es um *diligens homo* und *bonus paterfamilias* geht. Wenn aber ein *minor*, Pflegebeholfener, eine Frau, ein Soldat, Landbauer oder einfacher Mensch behauptet, ohne Entgeltung gezahlt zu haben, so hat jener, der das Geld bekommen hat, zu beweisen, daß er es berechtigt bekommen hat (*pecunias bene acceperit et debitas ei fuisse solutas*). — All diese Thesen lassen sich aber nur durchsetzen, wenn sich „ohne Entgeltung“ für die ganze Summe bezieht, denn sonst, wenn nämlich diese Behauptung nur die Teilsumme betrifft, hat derjenige zu beweisen, wer es behauptet. Wer die Beweislast hat, kann seinem Gegner den Eid in jedem Fall zuschieben.

Die genannte Aussage von Marcianus ist aber nur mit der Ergänzung richtig, wenn man berücksichtigt, daß der Beklagte diejenige Tatsachen zu beweisen hat, die der Einwendung zugrunde liegen, wie es Celsus sagt: *verum est, quod qui excipit, probare debeat, quod excipitur* (Dig. 22, 3, 9.). Dies begründet Ulpianus damit, daß der Beklagte die Einwendung betreffend als Kläger gilt; *agere etiam is videtur qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est* (Dig. 44, 1, 1.). Ebenfalls Ulpianus sagt: *in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere* (Dig. 22, 3, 19.).

<sup>7</sup> Mit der Frage der Beweiskraft beschäftigt sich Ernst Levy in seiner Studie „Beweislast im klassischen Recht“ (IVRA III. 1952, S. 155—179.) Eine eingehende Antwort auf die Studie enthält die Arbeit von Max Kaser: Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß (Zeitschrift der Savigny—Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 71. (1954); 221—319.)

Unter den Beweisregeln der Einwendung gibt es eine Ausnahme: wenn der Schuldner entweder in dem von ihm eingeleiteten Prozeß die *querela non numeratae pecuniae* genannte Klage, oder aber in dem gegen ihn gerichteten Prozeß die *exceptio non numeratae pecuniae* erwähnt, d.h. sich damit verteidigt, daß der Kreditgeber den Kreditbetrag nicht bezahlt hat, hat der Kreditgeber zu beweisen, die Summe bezahlt zu haben, sonst wird seine Klage zurückgewiesen (Cod. 4, 30, 3.).

Die Einwendung muss natürlich nur dann bewiesen werden, wenn der Kläger seine Behauptung bewiesen hat (Diokletian, Cod. 8. 35. 9).

Zum Schluß wird die Beweispflicht zur Behauptung des Klägers bzw. zur Verteidigung des Beklagten an dem Beispiel von Celsus dargelegt (Dig. 22, 3, 12.). Laut Tatbestand hat der Erblasser in seinem Testament Titius 500 *sestertius* vermacht, dann ein *codicillus* gefertigt, in dem Titius ebenfalls 500 *sestertius* vermacht worden ist. Nach dem Tod des Erblassers hat Titius 1000 *sestertius* vom Erbfolger verlangt, und zwar 500 auf Grund des Testaments und 500 auf Grund des *codicillus*. Nach Meinung des Erbfolgers gebührt des Klägers nur 500 *sestertius*, weil es sich nur um einem einzigen Nachlaß handelt, das das Testament enthält und das der Erblasser nur als Beweis im Kodizill wieder erwähnt hat. Bestritten ist die Absicht des Erblassers: wollte er den Nachlaß verdoppeln oder hat es nur im Kodizill wiederholt genannt. Die Begründung bei Celsus heißt: Der Anspruch des Klägers ist dadurch begründet, daß ihm die beiden schriftlichen Testamente je 500 *sestertius* zukommen lassen. Wenn der Beklagte behauptet, daß das Kodizill keinen gesonderten Nachlaß enthält, sondern eine bloße Wiederholung oder Bekräftigung der früheren Nachlasses ist, so ist diese Verteidigung als eine Einwendung zu betrachten, deren Tatbestand er beweisen muß.

Im Zusammenhang mit der Beweislast ist die *Vermutung* (*praesumptio*) zu erwähnen. Die Vermutung als juristischer Begriff wurde schon im römischen Recht ausgebildet. Das Wesen davon ist: der Richter betrachtet den wahrscheinlichen Tatbestand als wahr, solange das Gegenteil nicht bewiesen ist. Das bedeutet, daß die Beweislast einer Vermutung gegenüber jene Partei hat, die einen von der Vermutung abweichenden Tatbestand behauptet, wie es in einem späteren — nicht aus den römischen Zeiten stammenden — Satz heißt: *probare debet, cui praesumptio adversatur*. Wenn die Beweisführung erfolgreich ist, ist die Vermutung widerlegt: *stabit praesumptio, donec probetur contrarium; praesumptio cedit veritati* (ebenfalls nicht in den Quellen vorzufindende Sprüche).

Beispiele für die Vermutung:

Wenn Vater und Kind in gemeinsamer Gefahr, z.B. beim Schiffsbruch ums Leben kommen, hat man zu vermuten, daß das volljährige Kind seinen Vater, der Vater aber das minderjährige Kind überlebt hat (Dig. 34, 5, 9.).

Im Falle des Kindes einer verheirateten Frau ist der Ehemann als Vater zu betrachten: *pater is est, quem nuptiae demonstrant* (Paulus, Dig. 2, 4, 5.). Es ist wieder Paulus, der — unter Berufung auf Hippokrates — aussagt, daß ein im siebenten Monat nach der Eheschließung geborenes Kind von Legitimität ist (Dig. 1, 5, 12.).

Die genaue Bestimmung der Empfangszeit findet man bei Ulpian (Dig. 38, 16, 3.), aus dessen Darlegung hervorgeht, daß ein 10 Monate nach Beendigung der Ehe geborenes Kind unter Berufung auf Erbfolge keinen Anspruch auf den Nachlaß des verstorbenen oder geschiedenen Vater stellen

kann, das am 182. Tag geborenes Kind kann aber erben.<sup>8</sup> Die Empfangszeit (180—300 Tage) betreffende Vermutung ist unwiderlegbar (*Praesumptio iuris et de iure*).

## V.

Den dritten Teil bei der Beweisführung bildet die Lehre über das *Be-weismaterial*, die sich mit der Beweisart und den Beweismitteln beschäftigt: wie und anhand welcher Beweise erfolgt die Beweisführung?

Gellius nach (XIV. 2.) wird die Hingabe des Darlehens im allgemeinen mit Zeugen (*testes*), Urkunden (*tabulae*), durch Ausweis der Einkommen und Ausgaben (*expensi ratione*) und einen Schuldbrief (*chirographum*) bewiesen. Wenn aber solche nicht zur Verfügung stehen, hat der Richter die Aussage der Parteien zu prüfen. Im Zusammenhang damit erzählt Gellius, daß er in einer Sache als Richter mitgewirkt hat, und der Kläger konnte das dem Beklagten abgezahlten Darlehen auf die genannte Weise nicht beweisen, war aber als ehrlicher, unbescholtener Mensch bekannt, während der Beklagte immer wieder finanzielle Schwierigkeiten hatte, ein ehrloses Leben führte und oft bei Lüge und Betrug ertappt wurde. Der Vertreter des Beklagten argumentierte damit, daß das Verfahren nicht vor dem censor verläuft, wo es um Moral geht, sondern die Rückzahlung des Darlehens den Prozeßgegenstand bildet und so hat es der Kläger zu beweisen, dem Beklagten Geld geliehen zu haben. Gellius konnte in der Sache nicht entscheiden und so wandte er sich an einen Philosophen Favorius, dem er über seine Bedenken sprach. Favorius teilte ihm mit, sich auf M. Cato beziehend, daß den Gebräuchen und Traditionen der Ahnen entsprechend der Richter in einem Prozeß, in dem es um eine bestrittene Tatsache geht, die sich weder durch Zeugen, noch durch ein Schreiben beweisen läßt, jener Partei recht geben muß die ehrlicher ist. Wenn aber beide Parteien gleichfalls ehrlich oder von schlechtem Ruf sind, so ist zu Gunsten des Beklagten zu entscheiden.

Aus dieser Erzählung von Gellius geht hervor, daß allein die Aussage der Partei in der klassischen Zeit auch ohne Eid als Beweis diene, obwohl dies als Rechtsatz nicht ausgesagt war. Ein sprechender Beweis der freien Ermessung des römischen Richters war, daß er die alleinige Aussage der Partei annehmen konnte, wenn er von deren Wahrheit überzeugt war. Kaiser Constantin, die Wichtigkeit der Anhörung der Parteien anerkennend, schrieb sogar die wiederholte Anhörung der Parteien vor, da dies für die gründliche Untersuchung der Sache geeignet ist (Cod. 3, 1, 9.).

Constantin sagte ebenfalls, daß die Möglichkeit der Beweisführung nicht eingeschränkt werden darf (Cod. 1, 5, 21.). Aus dieser Quelle stammt der Spruch: *facultas probationis non est angustanda*.

Über die Beweisführung hinaus reichende Bedeutung hatte — wie man im späteren sehen wird — das Geständnis und der Eid der Partei, im übrigen waren die wichtigsten Beweise im Prozeß das Geständnis und die Urkunden.

In den modernen Verfahren kommt es unter den Beweismitteln nicht

<sup>8</sup> Ulpian bezieht sich auf Hyppocrates. Durchaus interessant ist, wie Gellius (III. 16.) im Zusammenhang damit die Meinungen der Ärzte und Philosophen des Altertums bekanntmacht.

<sup>9</sup> Max Kaser: Das römische Zivilprozeßrecht, München, 1966, S. 487.

seltén zum Augenschein, in dessen Rahmen der Richter Personen, Gegenstände, Tatort in Sinneswahrnehmung zieht. Das ist eine einfache und natürliche Beweisart und nach allgemeiner Meinung hat auch der römische Richter von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, obwohl in den Quellen keine Angaben hierzu zu finden sind.

Im Zusammenhang mit der Beweisführung des Experten ist in den Gesetzbüchern von Justinian nur über die Vermesser (*agrimensores*) die Rede. Ulpianus weist darauf hin, daß in Grenzstreiten der Vermesser hinzuschicken ist (Dig. 10, 1, 8.) und im rescriptum von Constantin ist vorgeschrieben, daß sich der Agrimensor an Ort und Stelle zu begeben hat (Cod. 3, 39, 3.). Ulpian sagt, daß gegen ein falsches Gutachten des Agrimensors (*si mentor falsum modum dixerit*) vom praetor in *factum actio* gegeben wurde (Dig. 11, 6, 1.). Die Tatsache, daß die Quellen über den Gutachter, über ein so häufiges Beweismittel, so mangelhaft sind, läßt sich damit erklären, daß im Falle, wenn Schätzung, Wertbestimmung und Berechnungen gemacht werden mußten, bzw. wenn es zur Entscheidung von Sachen kam, die wirtschaftlicher, architektonischer usw. Kenntnisse bedurfte, kein *iudex* sondern *arbiter* ernannt wurde<sup>10</sup>, der die zur Entscheidung der Sache nötigen Fachkenntnisse besaß und so die Anhörung des Gutachters unnötig machte.

Da bei den Römern die Beweisführung eher für die Aufgabe des Redners als die der Rechtswissenschaft gehalten war, ist es kein Wunder, daß die übrigen Beweismittel in den Quellen nicht vorzufinden sind, sondern wir können unsere Kenntnisse von Quintilian nehmen (V. 9.). Er beschäftigt sich eingehend mit den sog. Anzeichen (*signa*), die er als eine Art Beweis betrachtet. Solche sind z.B. blutiges Kleid (*cruenta vestis*), der Hilferuf (*clamor*), blaue Flecken (*livor*) am Körper.

Quintilian ist der Meinung, daß ein Teil der Anzeichen (*signa necessaria*) von direkter und zweifelloser Beweiskraft ist. Wenn z. B. eine Frau schwanger ist, beweist, daß sie einem Mann beigewohnt hat, oder wenn irgendwo geerntet wird, folgt daraus, daß dort auch gesät worden ist. Der andere Teil der Anzeichen (*signa non necessaria*) ist nicht von zwingender Gewißheit, wenn aber diese durch andere Umstände unterstützt sind, kann man mit diesen im Rahmen der Beweisführung große Wirkung erreichen. Die sachlichen Beweismittel werden von manchen Indicien oder Vestigen genannt und aus dem Gesichtspunkt der Beweisführung können diese von durchaus großer Bedeutung sein. Wenn z.B. jemand's Kleid blutbeschmiert ist, ist es noch kein Beweis dafür, daß er auch einen Mord begangen hätte. Werden aber weitere Tatsachen festgestellt, wie z.B. daß der Verdächtige am Tatort gewesen ist, mit dem Ermordeten in Fehde lag oder ihn bedroht hat, so kann das blutige Kleid zusammen mit den genannten Angaben bei Feststellung des Täters in einem Mordfall als Folgerungsgrund dienen.

Quintilian beschäftigt sich mit der Nachricht (*fama*) und mit dem Gerede (*rumores*). Einige haben diese als Äußerung der Öffentlichkeit (*fama*) und etwa als Beweis vom öffentlichen Glauben (*testimonium publicum*), andere dagegen als Geschwätz betrachtet, das aus Bosheit stammt und die Leichtgläubigkeit ernährt, dem schließlich ein jeder ausgesetzt ist.

Die Folter (*tortum, questio*) gehört zum Bereich des Strafverfahrens, deren Beweiskraft nach Meinung von Quintilian strittig ist. Einige be-

<sup>10</sup> Friedrich Ludwig Keller: Der römische Zivilprozeß und die Aktionen, Leipzig, 1876, S. 31.

trachten diese Beweisart als einen Zwang zur Wahrheitsliebe, andere sagen, daß die Folterung falsche Aussage zur Folge hat.

Quintilian erwähnt auch die Bezeugung der Götter (*divina testimonia*), wie auch die Antwort (*responsa*), den Orakelspruch (*oracula*) der Priester und das Vorzeichen (*omina*). Der Redner kann mit Aussagen der Zeichendeuter von Opfer, mit denen die Auguren (*augures*), die Traumdeuter (*conectores*) und die Sterndeuter (*mathematici*) argumentieren, diese können aber selbstverständlich widerlegt werden. Manche Leute bauen auf Worte, die unter Einfluß von Wein, im Schlaf oder bei Tobsuchtsanfall gesprochen wurden oder die die Kinder gehört haben und sind der Meinung, daß diese Personen nicht zu lügen pflegen. Andere wiederum meinen, daß man diesen Aussagen keine Bedeutung zuschreiben sollte, weil diese von Menschen ohne Urteilsvermögen stammen. Man kann auch damit argumentieren, daß nach Meinung zahlreicher Philosophen die Götter sich in die Sache der Menschen nicht einmischen, so könnten die genannten Anzeichen nicht berücksichtigt werden.

## VI.

Im Kreis der Beweisführung ist das *Geständnis* von besonderer Bedeutung. Der Begriff „Geständnis zur Tatsache“ und „Anerkennung des Rechts“ wurde vom Prozessrecht erst später ausgearbeitet und der Unterschied zwischen den beiden Begriffen betont. Bei den Römern ist keine ähnliche Unterscheidung vorzufinden, das Wort *confessio* wird für beide Begriffe gebraucht, es ist zum Teil, daß zur Zeit der justinianischen Kodifikation diese Einteilung des Zivilprozesses in zwei Teile nicht mehr vorhanden war, im Gegensatz zum Formularprozeßverfahren, wo der Prozeß vor dem Praetor (*in iure*) eingeleitet und vor dem Richter (*in iudicio*) fortgesetzt wurde. Diese letzte Phase war aber nicht bedingungslos, soweit es Fälle gab, in denen das Verfahren schon vor dem Praetor beendet wurde. So war z.B. der Fall *confessio in iure*.

Das Geständnis vor dem Praetor (*confessio in iure*) ist von gleicher Wirkung als das Urteil. Mit dem Geständnis läßt sich der Beklagte selbst verurteilen: *confessus pro indicato est, qui quodammodo sua sententia dominatur* (Paulus, Dig. 42, 2, 1.); *confessus in iure pro indicatis haberi placet* (Cod. 7, 59, 7.).<sup>11</sup>

Diese Regel existierte, schon zur Zeit des Zwölftafelgesetzes, das den Eingeständigen mit dem Verurteilten gleich betrachten ließ: *Aeris Confessis rebusque iure iudicatis XXX dies sunt*.

Im Falle des *in iure* Geständnisses standen bis zur Erfüllung 30 Tage zur Verfügung, danach konnte es zu Vollzugsschritten gegen den Schuldner kommen.

Die übrigen Regeln zur *in iure confessio*: Das kann nicht zurückgezogen werden: *suis confessionibus acquiescere debeat* (Cod. 4, 30, 13.). Das Bekenntnis verpflichtet den Beklagten, auch wenn er bewußt eine nicht bestehende

<sup>11</sup> Es war gerade die Rede davon, daß der *in iure* Abschnitt des Prozesses im justinianischen Verfahren nicht mehr existierte, im Codex wird aber doch dieser erwähnt. Der Grund dafür ist, daß zahlreiche Aussagen und Ausdrücke der Rechtsgelehrten des Formularprozesses einfach übernommen wurden, als diese eigentlich schon überholt waren. In den Gesetzbüchern von Justinian sind ansonsten zahlreiche Widersprüche, sogar Anakronismen zu finden.

Schuld bekannt hat, wenn der gerechte Forderung sonst offensichtlich ist: *si is, cum quo lege Aquilia agitur, confessus est servum occidisse, licet non occiderit, si tamen occisus est homo, ex confesso tenetur* (Dig. 42, 2, 4.). Das Bekenntnis ist auch geltend, wenn die vom Beklagten anerkannte Leistung unmöglich geworden ist, wie es aus der edictum-Erklärung von Ulpian hervorgeht: *qui Stichum debere se confessus est, sive mortuus iam Stichus erat, sive post litem contestationem decesserit, condemnandus est* (Dig. 42, 2, 5.).

Die Zitate deuten darauf hin, daß in den Quellen auf das Bekenntnis nur im Zusammenhang mit dem Beklagten hingewiesen wird.

Für das *confessio in iudicio*, d. h. für das Bekenntnis vor dem Richter gibt es kaum Angaben, aber der allgemeinen Meinung nach konnte so ein Bekenntnis die Urteilsfällung nicht unterlassen.<sup>12</sup>

## VII.

Dem Eid wurde bei den Römern eine durchaus große Bedeutung zugeschrieben und das ließ sich auf allen Gebieten des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens zeigen. Die Beamten haben einen Eid abgelegt, man ließ auch die Soldaten einen Eid leisten, und die internationalen Vereinbarungen wurde ebenfalls eidlich bestätigt usw. Diese Bedeutung des Eides läßt sich auch im Zivilprozeß zeigen, in dem der Eid die vertragsmäßige Erledigung des Streitfalles ist, es konnte aber auch auf Grund der richterlichen Entscheidung zum Eid kommen.

Der Eid fand in den dritten und vierten Abschnitten des XII. Digestenbuchs unter dem Titel „*de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*“ und „*de in lite iurando*“, ferner im achtundfünfzigsten Abschnitt des Codexbuchs unter dem Titel „*de iureiurando propter calumniam dando*“ Regelung.<sup>13</sup>

### Die Eidformen:

1. *iusiurandum voluntarium*: die Parteien vereinbaren sich, daß der Prozeß auf Grund des Eides der einer Partei entschieden wird.

Das aus Irrtum abgelegte Bekenntnis ist keine richtige Bekenntnis: *non fatetur, qui errat* (Ulpianus, Dig. 42, 2, 2.).

2. *iusiurandum necessarium*: die eine Partei konnte ihrem Streitpartner zuschieben, es zu beeiden, daß seine Forderung besteht, bzw. seine Schuld nicht besteht. Dieser zugeschobene Eid wurde *iusiurandum delatum* genannt. Die Streitpartei, der der Eid zugeschoben wurde, hat den Eid zu leisten oder ihn zurückzuschieben (*iurare aut iuramentum referre cogitur*), denn sonst wird er als geständig (*pro confesso*) betrachtet.

Der Eid wurde übrigens notwendig (*necessarium*) genannt, weil dessen Unterlassen bzw. das der Rückzuschiebung Sachfälligkeit zur Folge hatte.

Die Vereinbarung der Parteien — den Eid betreffend —, sowie die Eidzuschiebung, bzw. ihre Zurückwälzung sind Reschtsgeschäfte, wobei vollwertige Handlungsfähigkeit erwünscht war, um so mehr, weil es eine mit

<sup>12</sup> Max Kaser: Das römische Zivilprozeßrecht, München, 1966, S. 480.

<sup>13</sup> Das Grundwerk zum Eid von Gustav Demelius: Schiedseid und Beweiseid im römischen Zivilprozeß, Leipzig, 1887.



Risiko verbundene Sache war. So eine Erklärung war auch dem Vormund und Pfleger zugelassen. Hatte die Eidleistung für die Partei eine günstige Folge (*melio rem facit conditionem*), so konnte der Eid auch von Personen mit beschränkter Handlungsfähigkeit, sog. *impuberes infantia maiores* abgelegt werden.

Der Eid hat größere Kraft als das Urteil: *Iusiurandum speciem transactionis continet, maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata* (Paulus, Dig. 12, 2, 2.). Auch Ulpian betrachtet den Eid von gleicher Kraft als das Urteil: *iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet* (Dig. 44, 5, 1.). Hat der Kläger den Eid abgelegt, so hat er auf Grund dessen eine Vollzugsklage, der sog. *actio iudicati* ähnliche *in factum actio* erhalten, deren Wortlaut wie folgt war: *Si paret Aulum Agerium conditione delata iurasse, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnna*.

Wenn der Eid vom Beklagten abgelegt wurde, hatte er künftig die Einwendung *exceptio iusiurandi*, die die gleiche Wirkungskraft als die *exceptio iudicati* hat.

3. *iusiurandum iudiciale*: im Laufe der Entwicklung ist es zu einer allgemeinen Regel geworden, daß auch der Richter die Eidleistung der einen Partei anordnen konnte, wenn er es zur Ergänzung der Beweise für nötig gehalten hatte.

4. *iusiurandum in litem*: d.h. der Schätzungseid, den der Kläger bei der sog. *arbitraria actio* zum Beweis der Größe seiner Forderung abgelegt hat.

5. *iusiurandum calumniae*: es wird auf Wunsch des Streitpartners abgelegt, um zu beweisen, daß er seine Sache als gerecht anerkannt und den Prozeß nicht böswillig führt. Die Unterlassung des Eides hat Sachfälligkeit zur Folge.

## VIII.

Die ältesten und im Laufe der Entwicklung am häufigsten unter den Beweismitteln sind die Zeugen.

In den Quellen gibt es keine Begriffsbestimmung für die Zeugen, aber Pomponius besagt, daß niemand in seinem eigenen Fall tauglicher Zeuge sein kann: *nullus idoneus testis in re sua intellegitur* (Dig. 22, 5, 10.), und im Codex ist zu lesen, daß das Gesetz immer ausgeschlossen hat, daß man in der eigenen Sache Zeuge wird: *omnibus in re propria testimonium facultatem iura submoverunt* (4, 20, 10.). Diese Aussagen machen deutlich, daß Zeuge nur eine andere Person als die Streitparteien sein konnte, die Partei durfte in ihrem eigenen Fall keine Aussage ablegen.

Der Zeuge war entweder Geschäfts- oder Prozeßzeuge. Die Geschäftszeugen waren schon im Sinne des Zwölftafelgesetzes gezwungen, im Prozeß Aussage abzulegen. Die Verletzung dieser Verpflichtung hatte Intestabilität zur Folge. Das Gesetz hierzu lautet Gellius nach wie folgt: *Qui se sieri testatarius libripensve, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto*. Wer nun bei einem feierlichen Rechtsgeschäft Zeuge oder Waagehalter war und die Aussage verweigert, ist *intestabilis* geworden. Das bedeutete, daß er seine Fähigkeit als Zeuge in Sachen von anderen verloren hat und in seinem Fall durften auch

die anderen keine Aussage ablegen. Eine intestabilis Person hat nun ihre Rechtsfähigkeit für Fälle verloren, die der Mitwirkung von Zeugen bedurften.<sup>14</sup>

In diesem Prozeß konnte nicht nur ein Geschäftszeuge der Zeuge sein, eine früher nicht geladene (*non rogatus*) Person konnte auch verhört werden (Dig. 22, 5, 11.).

Zeuge konnte aber nur ein Freier sein (Cicero: pro Quinctio 6, 25; pro Archia 4, 32; pro Roscio 14, 43.). In Straffällen durften auch Sklaven verhört werden, eventuell nach Folterung (Tacitus, Annales, II. 28.). Die Folterung war von Kaiser Severus wenigstens zum Teil verboten (Dig. 42, 18, 3.). Ohne die Verfahrensart (Zivil- und Strafverfahren) betreffende Unterscheidung schreibt Modestinus, die Aussage eines Sklaven ist auch zu beachten, wenn zur Aufdeckung der Wahrheit keine anderen Beweise zur Verfügung stehen: *servi responso tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est* (Dig. 22, 5, 7.).

#### Untaugliche Zeugen (*testes non idonei*):

1. Der Vater seinem Sohn und umgekehrt. Es ist fraglich, ob diese Regel nur die geschäftliche Aussage verbot oder sich auch auf die Beweisführung im Prozeß bezog. Angesichts der in der kaiserlichen Zeit herrschenden freien Beweisführung scheint das erste wahrscheinlich zu sein.<sup>15</sup>

2. Wem man befehlen kann, daß er Aussage ablegt: *quibus imperari potest, ut testes fiant* (Dig. 22, 5, 6.), d.h. die unter Gewalt stehenden, die zum domus gehörenden Personen, wenigstens zu Gunsten des Klägers: *testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non posse placuit* (Dig. 22, 5, 24.).

Die Streitparteien haben die Zeugen mitgenommen, d. h. sie hatten für die Zeugen zu sorgen. In Strafsachen konnte das Gericht von amtswegen die Vorladung der Zeugen verordnen. Auf diesem Grund unterscheidet Quintilian

a) freiwillige Zeugen (*testes voluntarii*), die freiwillig, meistens natürlich auf Ersuchen einer der Parteien erscheinen, ferner

b) die Zeugen, die in Strafsachen (*in iudiciis publicis*) der Richter vorladen läßt (V. 7.).

Die Alten, Kranken und Soldaten, ferner diejenige, die in Staatsangelegenheiten abwesend waren, waren nicht gezwungen, eine Aussage abzulegen (Dig. 22, 5, 7.).

Die allgemeine Aussagepflicht wurde erst durch die constitutio von Justinian eingeführt (Cod. 4, 20, 16.) und von dieser Zeit an könnte ein jeder verpflichtet werden, nicht nur in Straf-, sondern auch in Zivilprozessen zur Aussage gezwungen zu sein und diese mit Eid zu bestätigen. Diese Aussage hat sich darauf bezogen, was der Zeuge wußte oder was er nicht wußte. Diese Zwangsmöglichkeit betraf nicht diejenigen, denen gesetzswegen die Aussage verboten ist, und manche Prominente (*illustres*). Die Stadtbewohner müssen ihre Aussage mündlich vor dem Gericht ablegen, andere mußten ihre Aussage vor dem beordneten Kaiserbeamten (*procurator*) ablegen.

<sup>14</sup> Laut Meinung von Rudolf Ihering war sie „verkehrstot“. (Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1891, I. S. 142.) — Gellius nach (VII. 18.) waren die intestabilen Personen so verachtet, daß manche vor Scham Selbstmord verübt haben.

<sup>15</sup> Wilhelm Endemann: Die Beweislehre des Zivilprozesses, Heidelberg, 1860, S. 207.

Es konnten nicht zur Aussage verpflichtet werden:

1. Eltern gegen ihre Kinder und umgekehrt (Cod. 4, 22, 6.);
2. Schwiegervater, Schwiegersohn, Stiefvater, Stiefkind, Kusinen und nähere Verwandten, *patronus* und *libertus* gegen einander (Dig. 22, 5, 4.).

Nach Auffassung der Römer konnte in der klassischen Zeit die Aussage nicht nur mündlich, sondern auch schriftlich (*per tabulas*) gemacht werden. Im Zusammenhang damit weist Quintilian darauf hin, daß es leichter ist gegen schriftliche Aussagen zu kämpfen. Man kann die Echtheit einer Urkunde bezweifeln, die Aufmerksamkeit auf die Fälschungsmöglichkeit lenken, sich auf den Charakter des Zeugen beziehen, daß allein die Tatsache, daß der Zeuge nicht erschienen ist, verdächtig sei.

Quintilian sagt auch, daß die Vertreter der Parteien im Prozeß die Zeugen verwirren und versuchen, sie in die Falle zu locken. Deshalb war es gewohnt, daß die Zeugen für die zu erwartenden Fragen des Streitpartners im voraus vorbereitet waren. Quintilian empfahl seinen Schülern, den Zeugen auszukennen, d.h. zu erfahren, ob er gesprächig, nervös oder eitel ist und die Fragen dementsprechend zu stellen, um den Zeugen für sich gewinnen und so eine günstige Aussage bekommen zu können, die Zeugen des Streitpartners aber sollten sie bei ihrer Aussage verwirren. Es kam auch vor, daß unter den Zeugen des Streitpartners bezahlter Zeuge (*testis subornatus*) gesetzt war, der anfangs so tut, als würde er für den Streitpartner aussagen, später aber verwirrt sich bei seiner Aussage absichtlich, begann die Sache herumzureden, destruiert die Situation des Streitpartners und auch das Ansehen seiner weiteren Zeugen. Dieses herausfordernde Verhalten des Zeugen kann nicht nur sich selbst, sondern auch dem Streitpartner gegenüber Antipathie wecken.

Gellius beschwert sich wegen der grossen Anzahl falscher Aussagen und bedauert, daß der Beschluß des Zwölftafelgesetzes vergessen wurde, demnach derjenige, dessen die falsche Aussage überführt werden konnte (XX, 1.), mußte vom Fels Tarpei in die Tiefe gestoßen werden sein.

Die sich immer mehr verbreiteten Mißbräuche müssen die Kaiser dazu bewegt haben, daß sie den Aussagen gegenüber Bedenken hatten und die Richter auf die Prüfung der Glaubwürdigkeit des Zeugen aufmerksam machten, ferner daß die Beweiskraft einer Aussage an Eid, später an bestimmte Zahl der Zeugen gebunden wurde.

Der Richter glaubt dem Zeugen und nicht der Aussage: *testibus, non testimoniis creditur* (Dig. 22, 5, 3.). Deshalb ist die Glaubwürdigkeit des Zeugen (*fides*) gründlich zu untersuchen. Die juristische Lage des Zeugen (*conditio*) ist aufzudecken, d.h. ob er decurio oder plebejischer Abstammung ist, ob er von unbescholtenem Lebenswandel (*honestae vel inculpatae*) oder vorbestraft (*notatus et reprehensibilis*), reich oder armselig (*locuples an egens*) ist, mit den Streitpartnern befreundet oder feindselig ist.<sup>16</sup> (Dig. 22, 5, 3.). Ebenda berichtet der Rechtsgelehrte Callistratus über die Stellungnahme von Kaiser Hadrian zu Vibius Varus, dem Legaten von Cilicia: der Kaiser überläßt ihm die Entscheidung, die Aussage welches Zeugen er annimmt und als Hinweis deutet er auf die Würde (*dignitas*) und Ehre (*existimatio*) der Zeugen hin, und macht den Legaten auch aufmerksam, daß er auch darauf zu achten hat, wie die Zeugen ihre Aussage machen: ob ihre Sprechart schlicht und ehrlich ist, oder es läßt sich merken, daß sie eine früher angelernte Rede vortragen, ob sie bei der Antwort ratlos sind oder die gestellten Fragen in der Eile beantworten.

<sup>16</sup> *Inimico testi credi non oportet* (Cicero pro Fonteio 7, 9.).

Glaubwürdiger war die Aussage eines Zeugen, der von den vorgetragenen Tatsachen unmittelbare Kenntnisse hatte, im Gegensatz zu einem Zeugen, der vom Ereignis nur gehört hatte: *magis veritas oculata fide, quam per aures hominum infingitur* (Dig. 22, 5, 6.); *plus est oculatus testis unus, quam auriti decem* (Plautus, Truculentus 489.).

Die Anzahl der Zeugen ist nicht festgesetzt. Arcadius weist auf ältere Gesetze hin, die den Verhör zahlreicher Zeugen ermöglicht hatten, in den Konstitutionen haben aber die Kaiser die Richter aufmerksam gemacht, daß die Zahl der Zeugen bis zum nötigen Maße vermindert werden sollte, damit es durch den Verhör der vielen Zeugen nicht zum Verzug des Prozesses und zur unnötigen Belästigung der Leute kommt (Dig. 22, 5, 1.). Ulpianus sagt, wenn im Gesetz die Zahl der Zeugen nicht bestimmt ist, sind zwei genügend. (Dig. 22, 5, 12.).

Eine Constitutio Kaiser Konstantin ließ 334 die Eidleistung des Zeugen von seiner Aussage verordnen. Ebenfalls hat er es den Richtern verboten, die alleinige Aussage eines Zeugen, wer immer auch er sei, anzunehmen: *sancimus et ut unum testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiaturs admitti et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis non audiaturs, etiamsi praeclarae curiae honore praefulgeat* (Cod. 4, 20, 9.). Aus dieser Verordnung stammt der berühmte (berühmte) Spruch: *unus testis nullus testis*.

Diese Verordnung von Konstantin deutet schon auf die Verbreitung des gebundenen Beweissystems hin. Das beweisen auch die Verordnungen, die zum Beweis bestimmter Tatsachen Zeugen in festgesetzter Zahl erfordern. So konnte die in einer Urkunde festgestellte Schuldbezahlung nur auf Grund der Aussagen von 5 Zeugen als bewiesen betrachtet werden (Cod. 4, 20, 18 und Nov. LXX III. 8.). Die gebundene Beweisführung kam auch in jener Regel zur Geltung, in deren Sinne die Glaubwürdigkeit der Aussage eines Zeugen seinen gesellschaftlichen Stand entsprechend zu beurteilen war: *ut honestioribus potius fides adhibeatur* (Cod. 4, 20, 9.), aber auch in jener Verordnung, die den Kreis der Aussageunfähigen mit den Apostaten (Cod. 1, 7, 3.), ferner mit den Heiden und den Angehörigen einzelner Sekten (Manichäer) erweitert; Ketzer und Juden dürfen gegen einen Christen nicht aussagen, im Prozeß ihrer Glaubensgenossen ist aber ihre Aussage zugelassen (Cod. 1, 5, 21.).

## IX.

Die Bedeutung und Beweiskraft der Urkunden (*tabulae, instrumenta, scripturae*) war schon in den früheren Zeiten anerkannt.

Gaius nach waren diese Urkunden ausgestellt, um Ereignisse, Rechtsgeschäfte zu beweisen: *fiunt scripturae, ut quod factum est, per eas facilius probari possit* (Dig. 22, 4, 4.). Ein Vorteil des schriftlichen Notierens der Rechtsgeschäfte war, daß diese zuverlässigere und bleibendere Beweise sind, als die Zeugenaussagen. Der Zeuge merkt sich nur die von ihm für wichtig gehaltenen Sachen, an Einzelheiten, Worte erinnert er sich nicht, obwohl diese bei der Entscheidung des Prozesses von Bedeutung sein können. Das Gedächtnis des Zeugen wird übrigens mit der Zeit schwächer, der Beweis durch den Zeugen wird nach seinem Tod unmöglich, das Dokument dagegen bleibt erhalten.

Das Erkennen dieser Umstände kommt bei Scaevola zum Ausdruck, wenn er sagt: *credenda est scriptura* (Dig. 32, 37, 5.).

Die Urkunde als Beweis wurde nach der Auffassung der Römer weder den Aussagewert noch die Beweiskraft betreffend geregelt.

Quintilians' Meinung nach (V. 4.) kann man sich gegen die Urkunden darauf beziehen, daß die Urkunde falsch oder verfälscht ist, und zur Entlarvung der Fälschung ist es genügend, die Urkunde einfach anzusehen (*inspectio*). Man kann ferner den Inhalt der Urkunde beanstanden und beweisen, daß es dem Willen des Vertragspartners oder der Parteien nicht entspricht, weil die Vorausgegangenen und die Tatsachen nach der Ausstellung der Urkunde dem Inhalt der Urkunde gegenüberstehen.

Wenn die Echtheit der Urkunde bezweifelt wurde, kam es zur Feststellung der Echtheit (*impositio fidei*). Die Echtheit hatte derjenige zu beweisen, der die Urkunde vorgezeigt hatte (Cod. 4, 19, 24.). Die Beweisführung konnte durch Zeugen oder durch Schriftvergleich erfolgen. Wenn die Beweisführung ohne Erfolg war, hat die Urkunde ihre Beweiskraft verloren: *nullas habet vires* (Cod. 4, 21, 3. und Nov. LXXIII. 4.).

Obwohl die Römer die Erfordernisse und Beweiskraft der öffentlichen und privaten Urkunden nicht bestimmt haben, kannten sie im Zusammenhang mit der letzteren den zwischen den beiden Urkundenformen notwendigerweise bestehenden Unterschied. Die Konstitution der Kaiser Honorius und Theodosius bekleidet die öffentlichen Urkunden mit ewiger Gültigkeit: *Gesta, quae sunt translata in publica monumenta, habere volumus perpetuam firmitatem, neque enim morte cognitoris perire debet publica fides* (Cod. 7, 52, 6.).

Einige Thesen zur Privaturkunde:

Die Privaturkunde allein ist kein Beweis für den Aussteller: *scriptura pro scribente nihil probat*, wie es im Spruch heißt, der aufgrund der im Codex (4, 19, 5.) vorhandenen Verfügung später entstanden ist. Genauso beweisen die rechnungsmäßigen Notizen (*rationes*) im Nachlaß der verstorbenen Person weder das Bestehen noch die Größe der Forderung des Erblassers (Cod. 4, 19, 6.).

Mehrere, einander widersprechende, von derselben Partei vorgezeigte Urkunden verlieren ihre Glaubwürdigkeit (Cod. 4, 21, 14.).

Wenn eine Urkunde auf eine andere hinweist, ist auch das Vorzeigen der letzteren notwendig, da ohne dies die Berufung nicht berücksichtigt werden kann (Nov. CXIX. 3.).

Justinian hat in seinen Gesetzbüchern, vor allem in den Novellen zahlreiche Verordnungen zu Ausstellung, Inhalt und Verwendung der Urkunden eingeführt, zu deren Bekanntmachung aber hier in dieser Studie keine Möglichkeit besteht.

## X.

Im bisherigen sind — angesichts der zur Verfügung stehenden Rahmen aber nur skizzenhaft — die Regeln der Beweisführung im römischen Recht zusammengefaßt worden.

Es kann festgestellt werden, daß das Recht der Beweisführung ein Gebiet ist, wo das römische Recht — wenigstens in der klassischen Zeit — das kanonische und germanische Recht überholt hat. Das Prinzip der formalen oder gebundenen Beweisführung, das sich in den genannten Rechten und später

als ihre Auswirkung auch im mittelalterlichen Recht anderer Völker durchgesetzt hat, steht mit der freien Beweisführung und mit dem römischen System der freien richterlichen Überzeugung im Widerspruch. Nicht umsonst wurde das *iudicium* mit einer *sententia* beendet, die eine Meinung, Anschauung bedeutet. Es ist von Bedeutung, weil nur einer eine Meinung haben kann, wer sie seiner Überzeugung entsprechend gestaltet hat.

Kaiser Hadrian sagt in seinem *rescriptum*, daß es nicht im voraus und allgemein bestimmt werden kann, welche Tatsache auf welche Weise bewiesen werden kann, bzw. aufgrund welcher Beweise eine Tatsache als bewiesen anzusehen ist. Der Richter darf sich nicht für irgendeine Beweisform (*ad unam probationis speciem*) verpflichten, sondern auf Grund der vorhandenen Beweise hat er seiner inneren Überzeugung entsprechend (*ex sententia animi*) zu beurteilen, was er akzeptiert und was für nicht genügend bewiesen hält (Dig. 22, 5, 21.).

Die freie Erwägung bedeutet natürlich keine richterliche Willkür. Das hat die Öffentlichkeit des Prozesses verhindert. Die freie Erwägung des Richters wurde durch sein Recht gesichert, daß er sich von Urteilspflicht hat entbinden lassen können, wenn er beeidet hatte, daß ihm die Sache nicht klar ist: *rem sibi non liquere* (Gellius XIV. 2.).

Was die Beweiskraft der einzelnen Beweismaterialien angeht, weist Marcellus auf ein *senatusconsultum* hin, demnach der *census* (die Liste der Bürger ihren Vermögenszustand betreffend) und die Monumente (staatliche Denkmäler, im allgemeinen staatliche Zeugnisse) kräftiger sind als die Aussagen: *census et monumenta publica potiora testibus* (Dig. 22, 3, 10.).

Abgesehen davon gibt es in der Beweiskraft der einzelnen Beweismaterialien prinzipiell keinen Unterschied. Ulpian läßt die Gegenbeweisführung ohne jede Unterscheidung zu (Dig. 1, 18, 6.). Die sog. Indizien können eine der Urkunde ähnliche Beweiskraft besitzen: *indicia non minorem probationis, quam instrumenta continent fidem* (Cod. 3, 32, 19.).

Konstantin hat noch die Beweiskraft der Zeugenaussage und der Urkunde für gleich gehalten (Cod. 4, 21, 15.), die Regel von Iustinian aber schließt schon den Beweis im Gegensatz zur Urkunde aus: *contra scriptum testimonium non scriptum non profertur* (Cod. 4, 20, 1.).

Wie gesehen, sind im Corpus Iuris entgegengesetzte Verordnungen zu den Regeln der Beweisführung zu finden und diese Regeln lassen eine historische Schichtung widerspiegeln. Nach den klassischen Traditionen sind Zeugenaussage und Schrift gleich, soweit sich die eine mit der anderen beweisen läßt. Dieses Gleichgewicht fällt zu Gunsten der Urkunde, die dann absolut und vorherrschend wird. Diese Überlegenheit der Schrift als Beweises stammt aus dem justinianischen Recht.<sup>17</sup>

Das in den Gesetzbüchern von Justinian geregelte Recht der Beweisführung ist — trotz der darin steckenden Widersprüche — zum weiteren Entwicklungsgrund geworden und viele Thesen kommen auch im modernen Recht zur Geltung.

<sup>17</sup> Auch angesichts der Beweisführung ist das Werk „Untersuchungen zum justinianischen Zivilprozess“, München, 1969, von Dieter Simon grundlegend.

## Anfänge der Kriminalstatistik in Ungarn

### I.

Als Einleitung — oder quasi als ein „Motto“ — kann diese Abhandlung mit der summarischen Feststellung eingeleitet werden, dass es ohne die Tatbestände der Straftaten genau bestimmenden strafrechtlichen Kodexe sowie die im modernen Sinne genommene Organisation des Justizwesens und Verfahrens nicht möglich ist, eine Kriminalstatistik realen Wertes zu pflegen. Dies kann vor allem eine Erklärung dafür geben, dass sich die Justiz- (und innerhalb deren die Kriminal-) Statistik — im Vergleich zu den frühen Elementen der Bevölkerungs- und Wirtschaftsstatistik verhältnismässig spät, am Ende des 18. Jh., am Anfang des 19. Jh. ausgestaltet hat. Es ist eine andere Frage, dass sich in einigen europäischen Ländern (zunächst in Frankreich) die ersten Spuren der kriminalstatistischen Betätigung schon am Anfang des 19. Jahrhunderts bemerklich machten.

Es ist aus dem weitläufigen Literatur der Geschichts- und Kriminalwissenschaften bekannt, dass die Regulierung des Strafrechts schon in den antiken Staaten vorkommt. Das tat das Zwölftafelgesetz im Vorrepublikanischen Zeitalter der Römer. Später in der Zeit der Questionen (in der Glanzperiode der Republik) bilden gewisse Sondergesetze das Strafrecht. Und im Zeitalter des späten Kaisertums ist das Strafrecht der Epoche in den Gesetzbüchern des Justinian (*Corpus iuris civilis*) vereinzelt zu finden.

Im Strafrecht des Mittelalters kann selbst im Vergleich zu dem römischen Recht eher ein Rückfall festgestellt werden, mit Ausnahme des frankischen Reiches unter Karl dem Grossen, wo die Entfaltung des systematischen staatlichen Strafrechtes schon erscheint. Als neues Element erscheint der kirchliche Einfluss, in erster Reihe mit dem kanonischen Prozessrecht.

Zur Ausgestaltung des neuzeitlichen europäischen Strafrechts wurde der Weg durch die „Praktischen“, „Glossatoren“ genannten italienischen Rechtsgelehrten der Universität geebnet.

Mit der Entfaltung der zentralisierten Staaten verstärkte sich der öffentlich-rechtliche Charakter des Strafrechts überall in Europa in den 16. und 18. Jahrhunderten durch die Entstehung der einheitlichen staatlichen strafrechtlichen Kodexe. All diese waren aber bis zum Zeitalter der Aufklärung, bis zur grossen französischen Revolution — auf die Theorie des Abschreckens gebaut — durch die unmenschliche Grausamkeit, Ungerechtigkeit charakterisiert, was in scharfem Gegensatz zur universalen Entwicklung stand.

Der Vortschritt der Naturwissenschaften, der im Laufe des 17. Jahrhunderts im wissenschaftlichen Weltbild eingetretene Umgestaltungsvorgang bean-

spruchte — und zugleich ermöglichte — eine Verstärkung der philosophischen Weltanschauung auf neuen Grundlagen. Schon die Philosophen des Renaissance-Zeitalters (zunächst Machiavelli, Thomas Morus, Hugo Grotius, Campanella) haben die rechts- und gesellschaftswissenschaftliche Anschauung der aufstrebenden Bourgeoisie begründet, die ihre völlige Entfaltung durch die grossen Denker der Aufklärung erzielt haben.

Morus verurteilt die Grausamkeit und Ungerechtigkeit der zeitgenössischen Strafergerichtsbarkeit. Spinoza, Lock, Montesquieu kritisieren schon die Grundprinzipien des Strafrechts. Voltaire, die französischen Enzyklopädisten und Beccaria fordern schon am schärfsten und am konsequentesten die Ausserkraftsetzung des bestehenden Strafrechts.

Es ist bekannt, dass der italienische Beccaria durch den französischen „Calas-Fall“, den empörenden „Justizmord“ und das Auftreten von Voltaire dazu inspiriert wurde, 1764 sein Werk „*Dei delitti e delle pene*“, zu publizieren, das hinnerhalb einiger Jahre in alle damals bedeutende Sprachen Europas übersetzt wurde.<sup>1</sup> Seine Ideen bewegen und regen die europäischen Philosophen, Politiker und Juristen progressiven Denkens zur Nachahmung an. Aus dem Gesichtspunkt des österreichischen Reiches sollte vor allem der Name des österreichischen Rechtsgelehrten, Sonnenfels betont werden. Dieses Werk von Beccaria — das sich grundlegend auf die rationalistische Philosophie der 17–18. Jahrhunderte stützt — erschafft das gesetzliche Institut der Verteidigung der Freiheitsrechte des Menschen, die Prinzipien des „*nullum crimen sine lege*“ und der „*nulla poena sine crimine*“.

Die Wirkung der sich in immer weiterem Kreis voll entfaltenden Geistesströmung lässt sich auch in der europäischen Gesetzgebung zeigen. Obwohl nur teilweise aber doch als erste erscheint sie in Russland unter der Herrschaft von Katharine der Grossen, dann in der österreichischen Gesetzgebung im Jahrzehnt zwischen 1788 und 1790. Beccarias Thesen wurden im vollständigsten Masse 1791 in dem französischen Code Pénal angewendet, der nach mehrerer Neubearbeitung seine endgültige Form, als Code Napoléon, 1810 erhalten hat. Die anderen europäischen Länder haben auch diese französischen Strafgesetze in kürzerer oder längerer Zeit als Grundlage angenommen. Die österreichischen Strafgesetzbücher von 1803 und 1852 weichen davon z. B. kaum ab. Beccarias Thesen spiegeln sich auch in unseren Gesetzentwürfen v. J. 1790 und 1878. (Sei es in Klammern erwähnt, dass es mehrere einheimische Versuche gab, aber es ist nicht meine Absicht auch auf diese einzugehen).

Als Ergebnis eines langen Kampfes, entstanden schliesslich in der Mitte des 19. Jahrhunderts im europäischen Staat die Bedingungen des Gerichtsverfahrens, worauf, schon eine Kriminalstatistik realen Wertes gebaut werden konnte. Es ist noch hinzufügen, dass mit der obigen Entwicklung der Strafergerichtsbarkeit — mehr oder weniger parallel, dh. mit dem Zustandekommen der zentralisierten Staaten — sich auch die statistischen staatlichen Organe ausgestaltet haben, zuerst 1801 in Frankreich, dann am Ende des Jahrhunderts in den anderen europäischen Ländern.

Zweifellos waren die anfänglichen Kriminalstatistiken auch durch den

<sup>1</sup> In diesem Land als erster *Ferenc Császár* in seinem Aufsatz „Von Schulden und Strafen“ 1843, dann *dr. János Tarnai* unter dem Titel „Verbrechen und Bestrafung“, 1887. Und schliesslich *Pál Sebestyén* unter dem Titel „Verbrechen und Bestrafung“, mit der einleitenden Abhandlung von Miklós Kádár, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1869.



Verwaltungscharakter motiviert. Der Staat wollte nämlich die Strafgerichtsbarkeit als staatliche Tätigkeit und ihre Auswirkung zahlenmässig in Evidenz halten. Nachdem die unter der Wirkung der rationalistischen Philosophen ausgestaltete strafrechtliche Anschauung bewiesen hatte, dass die Kriminalität ein Produkt der Gesellschaft ist, hat man begonnen, sie — sowohl von der Seite der Straftat als auch des Verübers — von weiteren gesellschaftlichen Gesichtspunkten aus zu prüfen. Diese Pionierarbeit ist zunächst mal dem französischen Guerry, dem belgischen Quetelet und den ihnen folgenden sog. „Moralstatistikern“ zu danken. Zum Ergebnis ihrer Tätigkeit haben hingegen gerade die systematischen Angaben des französischen offiziellen statistischen Dienstes Grundlagen gegeben, zuerst die 1827 startenden jährlichen Meldungen des „Compte général de l'administration de la justice criminelle“.

## II.

Bevor ich auf das im Titel genannte Thema käme, scheint es notwendig zu sein, auf die eigenartige ungarische geschichtliche und strafrechtliche Lage hinzuweisen. Ohne Detaillierung kann soviel eindeutig festgestellt werden, dass die Entwicklung der mittelalterlichen ungarischen Strafgerichtsbarkeit dem Wesen nach mit dem zeitgenössischen allgemeinen europäischen Niveau gleich ist. Zu Beginn der Neuzeit meldete sich auch in diesem Land der Anspruch auf die strafrechtliche Kodifikation. Als das Ergebnis davon ist 1514 das von István Verböczy zusammengestellte Tripartitum zustande gekommen, das dem Wesen nach die Festsetzung des ungarischen Gewohnheitsrechts bedeutete. Diese berühmte oder eher berüchtigte Zusammenfassung, obwohl sie formell nie Gesetzeskraft erhielt, war doch beinahe dreihundert Jahre hindurch geltend, hauptsächlich in der Strafrechtspraxis der ständischen Gewalt in den Komitaten. In dieser Zeit kam es zur traurigen Spaltung Ungarn in drei Teile, infolgedessen auch die nacheinanderfolgenden inneren Zwistigkeiten die Lage unserer wirtschaftlichen und staatlichen Entwicklung besiegelten.

Mit der Friedensvertrag in Szatmár 1711 begann der Ausbau des habsburgischen Regierungssystems, das mit der Konsolidierung der Zentralgewalt des Wiener Hofes in Ungarn, mit Hilfe der aufgrund der mit den ungarischen Ständen fortgesetzten Kompromisse immer mehr vorwärtsschritt. Am Landtag von 1722—1723 wurde die Aufstellung des Ungarischen Königlichen Statthaltereirates erklärt. Die Gerichtspflege wurde auch reformiert, aber die Gerichtsbarkeit wurde von der Verwaltung nur auf der höheren Instanz getrennt, während in der mittleren Instanz (Komitate, freie kgl. Städte), sowie in der niederen Instanz (in den Patrimonialgerichten, vor den Dorfrichtern) die Verflechtung auch weiterhin erhalten blieb. Für die Bekleidung der Ämter der letzteren Institute sorgten praktisch nicht die Organe der zentralen Staatsgewalt, sondern die Gutsherren durch ihre Gespane aus dem mittleren Adel. Dies beförderte letzten Endes bis zum letzten Drittel des 18. Jahrhunderts im Interesse der Steuerbefreiung und anderer „Vorrechte“ des einheimischen Adelsstandes, und zur Aufbewahrung seiner praktikularen Macht in den Komitaten die absolutistischen Regierungsmethoden der Habsburgischen Herrscher immer mehr. Diese ständische Weigerung führte aber unter anderen grundlegend dazu, dass in dem Zeitalter von Karl III durch

Maria Theresia bis zum Joseph dem II die Verwirklichung zahlreicher, sich auf die ungarische Strafgerichtsbarkeit beziehenden. Verordnungen ergebnislos blieb.

Vom letzten Drittel des 18. Jahrhunderts drangen aber die Ideen der Aufklärung langsam trotzdem auch in das ungarische Denken ein. Aus Mangel an dem in den entwickelteren europäischen Ländern ausgestalteten klassischen Bürgertums waren die Vertreter dieser Entwicklung vor allem Intellektuellen aus dem Mitteladel oder aus den nicht-Adeligen. Am Anfang hofften sie von den Reformen Joseph des II die ungarische Erneuerung, die Abschaffung der veralteten feudalen Ordnung. Die lange Reihe der Enttäuschungen führte zur Entstehung der ungarischen Jakobiner—Bewegung, zum Kampf für die Erschaffung der staatlichen Unabhängigkeit.

Diesmal über die heimatischen literarischen und politischen Prominenten der Aufklärung nicht zu sprechen, sollte man Gergely Berzeviczy,<sup>2</sup> den hervorragenden Ökonomen dieses Zeitalters, der sich auch über strafrechtliche Fragen des Zeitalters mit progressiver Anschauung äußerte, unbedingt hervorheben, sowie József Hajnóczy,<sup>3</sup> den langen politischen Weg belaufenen Rechtsgelehrten, der im Interesse der Erneuerung unserer eigenen Staatlichkeit und innerhalb deren für die Erneuerung unseres Strafrechts eine hervorragende theoretische Tätigkeit ausübte.

<sup>2</sup> Robert Horváth: A statisztikai módszer és elmélet kérdései Berzeviczy Gergely műveiben (Die Fragen der statistischen Methode und Theorie in den Werken von Gergely Berzeviczy.) Budapest, 1972, S. 93ff; mit Berufung auf Gergely Berzeviczy: De Conditione et Indole Rosticorum in Hungaria (ohne Ort und Jahreszahl, wahrscheinliche Zeit der Erscheinung zwischen 1804 und 1806).

<sup>3</sup> György Bónis: Hajnóczy József (József Hajnóczy). Budapest. Akadémiai Kiadó, 1954.

<sup>4</sup> Wichtigere Werke von ausdrücklich justiz- oder kriminalstatistischen Charakters sind oder ein solches Material enthalten: Sándor Konek: Bűnvádi statisztikának múltja s jövője hazánkban (Vergangenheit und Zukunft der Statistik des Strafverfahrens in unserem Land). Statisztikai Közlemények, Bd. I, S. 265, Pest, 1861. Bűnügyi statisztika (Kriminalstatistik), 1904—1908. Magyar Statisztikai Közlemények, Neue Serie, Bd. 36. Budapest, 1911, S. 434ff. — Lajos Mádat: Igazságügyi statisztika (Justizstatistik), Akad. Jahr, 1951—1952, Semester I, Tankönyvkiadó. Budapest. *Idem*: 90 éves a magyar igazságügyi statisztika (90 Jahre alt ist die ungarische Justizstatistik). Megyei és városi statisztikai értesítő. Budapest, 1957, Nr. 6. — István Tibai: A hivatalos magyar bűnügyi statisztika történetének áttekintése a reformkortól (Übersicht der Geschichte der offiziellen ungarischen Kriminalstatistik vom Reformzeitalter). A magyar hivatalos statisztika történetéből (Aus der Geschichte der ungarischen offiziellen Statistik). Budapest, 1968, S. 210. — István Hoóz — József Kovácsics: Igazságügyi statisztika (Justizstatistik). Egyetemi jegyzet. Budapest, Tankönyvkiadó, 1962, S. 7ff. — *Idem*: A bűnügyi statisztika kezdetei Magyarországon (Anfänge der Kriminalstatistik in Ungarn). Előadás a VI. Statisztikai Vándorgyűlésen. Pécs, 1968. — József Balázs: A bűnügyi statisztika első felmerülése és kialakulása a statisztikai tudományban (Erstes Vorkommen und Ausgestaltung der Kriminalstatistik in der Wissenschaft der Statistik). Acta Juridica et Politica, Tom. XV. Fasc. 2, Szeged, 1968. ferner: *Idem*: A magyar bűnügyi statisztika kialakulása és fejlődése (Ausgestaltung und Entwicklung der ungarischen Kriminalstatistik). Acta Jur. et Pol. Tom. XVI. Fasc. 1, Szeged, 1969.

Als in Ungarn die praktische Pflege der Kriminalstatistik, d.h. die Sammlung der Kriminalangaben begann, haben die bisherigen statistikgeschichtlichen bzw. rechtsgeschichtlichen Forschungen<sup>4</sup> noch keine eindeutige und entschiedene Antwort gegeben. Diese Abhandlung will auch das im Titel angeführte Thema quasi mit lückenfüllendem Charakter schematisch zusammenfassen, mit der selektiven Anwendung der einschlägigen Fachliteratur und anderer Quellen.

Die erste sichere Quelle ist die 1726 erlassene Verordnung von Karl V, die verfügte, dass die Komitate und Städte die Auszüge von den in ihren Gerichtshöfen verhandelten Prozessen vom Landtag von 1723 an rückgängig, und dann am Ende eines jeden Jahres dem Ungarischen Königlichen Statthaltereirat zuschicken sollen.<sup>5</sup>

Mit dieser Massnahme begann eigentlich der Vorgang, im Laufe dessen die Staatsgewalt die Gerichtsbarkeit der Munizipien stufenweise unter seine Aufsicht zog und vereinheitlichte. Später wurden die Initiativen dieser Art von Maria Theresia in erhöhtem Masse weiterentwickelt. Unter ihrer Herrschaft wurden die Komitate und Städte wiederholt verpflichtet, die Auszüge ihrer Straf- und Zivilprozesse regelmässig vorzulegen. Ab 1761 sollten sogar auch die Auszüge von Prozessen vor den Patrimonialgerichten dem Ungarischen Königlichen Statthaltereirat mit Vermittlung der Komitate unterbreitet werden. In diesen Prozessauszügen, die der Statthaltereirat dem Herrscher unterbreitete, wurde angegeben, in was für einer Sache, gegen wen, aufgrund welches Gesetzes, was für eine Entscheidung gefällt wurde.<sup>6</sup> Es ist anzunehmen, dass Elek Fényes 1843 aufgrund dieser Prozessauszüge der Munizipien von „drakonischen Gesetzen sprechend, behauptete dass die Zahl der Schuldigen — auch im Verhältnis zur Bevölkerungszahl — weniger sei als auch erst hundert Jahre zuvor.“<sup>7</sup>

In diesem Fall kommt es nicht auf der von ihm gezogenen Konsequenz an — die wir nicht kontrollieren können — sondern darauf, ob diese Feststellung aufgrund irgendwelcher Angaben geschah, auch wenn Fényes die Quellen nicht angegeben hat.

Die heimatische Kriminalstatistik wurde durch eine frühere, in 1757 von Maria Theresia erlassene Verordnung wesentlich weitergebracht. Diese Verordnung verfügte, dass jedes Munizipium künftig über die Gefangenen der Gefängnisse in den Komitaten und die Gutsherren dem Statthalterrath besondere Meldungen erstatten und der Statthalterrath soll aufgrund dieser dem Herrscher halbjährlich tabellarische Meldungen unterbreiten (O.- L. Helytt. Lvt. Acta captivorum et malefactorum, Idealia No. 8). In diesen Meldungen mussten Name des Gefangenen, sein ständischer Status, Geburtsort, Lebensalter, Religion, Jahr und Tag der Einkerkierung, die begangene Straftat, Zeit der Haftentlassung, das Urteil oder wenn so eines nicht gab der Grund dafür

<sup>5</sup> Ibolya Felhő — Antal Vörös: A helytartótanácsi levéltár (Archiv des Statthalterraths). Akadémiai Kiadó. Budapest, 1961. S. 87. Die Schrift ist zu finden: O. L. Helytt. Lvt. Causarum extractus. Id. Nr. 1, sowie die Prozessschriften an der angeführten Stelle.

<sup>6</sup> Felhő—Vörös: A. a. O., ibidem.

<sup>7</sup> Elek Fényes: Magyarország statisztikája (Ungarns Statistik), B. III. Pest, 1843, S. 125.

angegeben werden. Den Quellen des Statthalterratsarchives nach,<sup>9</sup> die zur Verfügung standen, haben die Munizipien die vorgeschriebenen Meldungen dem Statthalterrat zu gesendet, der diese in Tabellen gefasst und eine Begutachtung beigelegt dem König unterbreitete.

Die Sammlungsform der Angaben des Gefängniswesens bzw. der Inhalt der Angaben, die die Gefangenen und die Justizpflege charakterisierten, wurden unterwegs auch ein wenig modifiziert. So musste z.B. im Sinne einer Verordnung vom Jahre 1762, schon ein tabellarischer Ausweis (und nicht nur eine Meldung) über die der in den Gefängnissen der Munizipien und der mit Blutbann ausgestatteten Herrschaftsgütern inhaftgehaltenen Gefangenen dem Statthalterrat unterbreitet werden. Von 1822 ab wurden in der Tabelle, neben den bis dahin verlangten Angaben, auch der Status des Gefangenen (Leibeigener, Handwerker usw.), Beschäftigung, Zeitpunkt der Prozessaufnahme, Stand des Prozesses, Grund des Fehlens oder Aufschubes der Prozessaufnahme usw. angegeben.<sup>10</sup>

Aus all diesen kann eindeutig festgestellt werden, dass bezüglich der ungarischen Justizpflege, als eine der Tätigkeiten der Staatsgewalt, schon seit 1723 eine Sammlung von Angaben vollführt wurde. Auch in Hinsicht auf den meritorischen Charakter der gelieferten Angaben, ging es schon vom Jahre 1757 um die Erschaffung einer Statistik des Gefängniswesens, wodurch über die Kriminalität ein übersichtbares Bild gemacht werden konnte. Aber die Zuverlässigkeit dieser Angaben, die Genauigkeit und Vollständigkeit betreffend kann schon mit Recht bezweifelt werden, da die damalige Verwaltung die systematische statistische Angabensammlung nicht ermöglichte bzw. im allgemeinen auch nicht beanspruchte und die damaligen Verordnungen und unsere vielfarbige, partikuläre Gerichtsbarkeit keinen Grund für die einheitliche statistische Abmessung der kriminalen Erscheinungen sicherte.<sup>11</sup> Dazu knüpfte sich der Widerstand oder mindestens die Weigerung der örtlichen Munizipien gegen alle zentralen Massnahmen. Auch die Tatsache, dass die Munizipien sehr oft verwiesen werden mussten, um die Angabenerlieferung durchzuführen, scheint dies zu beweisen. Diese Bemerkung ist aber nicht nur für das 18. Jahrhundert gültig, sondern auch für eine bedeutende Periode des 19. Jahrhunderts. Obwohl in einer allgemeineren Auslegung, schreibt aber Fényes: „Die Komitatsbeamten, als letzte Vollzieher der Gesetze, sind von der Vollzugsgewalt unmittelbar nicht abhängig; deshalb werden die Gesetze manchmal langsam durchgeführt. Viele bleiben sogar für immer auf dem Papier. Es gibt in keinem anderen Lande soviel nacheinander ratifizierte Gesetze wie in Ungarn, was ein klares Zeichen dafür ist, dass sie nie ausgeführt wurden.“<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Vgl.: *Felhő-Vörös*: a. a. O., sowie Zoltán Dávid: Statisztikai adatgyűjtések Magyarországon a XVIII–XIX. században (Statistische Angabensammlungen in Ungarn in den 18–19. Jahrhunderten). Statisztikai Szemle, 1965, Nr. 6. S. 631., ferner Fényes: Magyarországi statisztikája (Ungarns Statistik), Bd. II. Pest, 1843, S. 125.

<sup>9</sup> Die Kennzeichen der Schriften s.: *Felhő-Vörös*, ibidem.

<sup>10</sup> *Felhő-Vörös*: A. a. O., S. 175.

<sup>11</sup> Bertalan Szemere sagte 1845 von der strafrechtlichen Lage des Landes, dass das Skandal in Ungarn sei, dass der Richter straft, obwohl das Gesetz weder definiert, was die Schuld sei, noch die Strafe festlegt. Zitiert von Tiba, I: A. a. O., S. 4.

<sup>12</sup> *Felhő-Vörös*, a. a. O., ibidem.

<sup>13</sup> Fényes, E.: A. a. O., S. 132 ff.

Die grösste Mangelhaftigkeit der erwähnten Angabensammlungen ist aber das Ausbleiben der Veröffentlichung der Angaben. Letzten Endes waren die von den Wiener Regierungsorganen gesammelten Angaben geheim und auch für die Forscher beinahe unzugänglich. Fényes stellt in Verbindung mit der Heimatskunde 1841 bitter fest, wer das Bild seines Vaterlandes auch nur erträglich malen will, muss mit undurchbruchbaren Hindernissen kämpfen.<sup>14</sup> Diese Feststellung ist bis 1840 auch für die Kriminalangaben gültig. Dies ist durch die Tatsache handgreiflich bewiesen, dass die vor dieser Zeit erschienenen statistischen Werke gezwungen waren von den Kriminalangaben nationalen Charakters (genauer gesagt, in jenen Zeiten nur noch Angaben des Gefängniswesens) abzusehen.

Die Angaben des Gefängniswesens nationalen Charakters wurden erst 1841 im Werk von Károly Balla über die Verbesserung der Bedingungen im Gefängniswesen, in dem der Verfasser die über die Munizipien gesammelten Angaben in synoptischen Tabellen für das Jahr 1837<sup>15</sup> angibt. Ein auch offiziell ausgedrückter Anspruch auf die allgemeine Abmessung der heimatlichen Kriminalität trat im Laufe der 1840 begonnenen strafrechtlichen Kodifikations-tätigkeit auf. Gesetzesartikel V. vom Jahre 1840 hat einen Zentralausschuss, als Kodifikationsausschuss zur Bearbeitung des Straf- und Verbesserungssystems delegiert. Der Zentralausschuss begann seine Arbeit im Dezember 1841 damit, dass er an den Palatin einen Antrag solchen Sinnes richtete: er soll einen statistischen Ausweis über die Zahl der Festgenommenen in den Gefängnissen der Munizipien, Städte und Patrimonialgerichte, sowie über den Zustand der Gefängnisse und schliesslich über das Ausmass der tatsächlichen Anwendung der Todesstrafen<sup>16</sup> in der Zwischenzeit vom 1. Januar 1831. bis zum 31. Dezember 1840 anfertigen.

Das vom Statthalterrat gesammelte und in den Tabellen enthaltene Material erstreckt sich auf die Folgenden. In der Seitenrubrik der jährlich publizierten Tabellenreihe waren die 56 Komitats- und 52 Stadtmunizipien Ungarns und Kroatiens, Slawoniens und Dalmatiens enthalten während in den Hauptrubriken nach Serienzahlen die folgenden Kennzeichen standen:

#### 1. Zahl der Gefangenen:

Es waren unter ihnen: 2. unter Klage, 3. von der Anklage befreit, 4. verurteilt.

*Es waren unter den Verurteilten:*

a) *Die Straftaten betreffend:* 5. Mörder, 6. Elternmörder, 7. Kindermörder, 8. gelegentliche Mörder und Raufer, 9. Raubmörder und Räuber, 10.

<sup>14</sup> Fényes: A. a. O., Vorwort, sowie: S. 12, wo er von den Zivilprozessen bemerkt, dass er auf das ganze Land beziehende zusammenfassende Angaben trotz aller Eifer nicht verschaffen konnte.

<sup>15</sup> Károly Balla: Vélemény a büntetés mód javítása iránt (Ansicht über die Verbesserung der Straftat). Pest, 1841: Verzeichnis der gewesenen Gefangenen in den Gefängnissen der Munizipien und der Herrschaftsgüter mit Blutbann (Tabelle C.). Es zeigt getrennt die Zahl der Gefangenen in den ersten und zweiten Halbjahren des Jahres 1837, zusammengebracht per Komitate, sowie die Zahl der Komitatsbevölkerung im allgemeinen von 1837 oder in den vorangehenden oder darauffolgenden Jahren.

<sup>16</sup> László Fayer: Az 1843-iki Büntetőjogi javaslatok anyaggyűjteménye (Materialsammlung der strafrechtlichen Vorschläge). Budapest, 1896, Bd. I, S. 102, sowie ibid., Bd. II, S. 510.

Brandstifter, 11. Viehdiebe, 12. Diebe, 13. andere Täter, zum Zivilverfahren gehörende Vergehen.

b) *Gemäss des Geschlechts*: 15. Männer, 16. Frauenzimmer,

c) *Gemäss des Lebensalters*: (Gemäss des Geschlechts eingeteilt) (17—18) unter 16 Jahren; (19—20) von 16 bis zu 24 Jahren; (21—22) von 24 bis zu 40 Jahren; (23—24) über 40 Jahren.

d) *Status (Klassenaufbau)*: 25. Adelige, 26. Vornehme, 27. Bürger, 28. Leibeigene, 29. Ausländer.

e) *Gemäss der Religion*: 30. römisch-katholische, 31. Personen evangelisch augsburger Bekenntnisses, 32. helvetisch Reformierte, 33. vereinigte Griechen, 34. nicht vereinigte Griechen, 35. Juden.

f) *Gemäss der Dauer der Gefangenschaft als Strafe*: 36. unter halbem Jahr, 37. von halbem Jahr bis zu einem Jahr, 38. von einem Jahr bis zu drei Jahren, über drei Jahre.

Die Angaben über die Gefangenen in den Gefängnissen der Herrschaftsgüter bekleidet waren, die mit Recht über Leben und Tod (Blutbann) gehaltenen wurden gemäss der Komitate gezeigt.

Etwas abweichende Tabellen enthielten die Angaben über das standgerichtlichen Verfahrens der Munizipien (Todesstrafen). Die Seitenrubriken der jährlich veröffentlichten Tabellen enthalten 56 Komitate und 4 Städte (Debrecen, Késmárk (Käsmark), Szabadka (Maria-Theresiopel), Szeged; und die Hauptrubriken die Folgenden:<sup>17</sup>

## 2. Zahl der Missetäter:

Es waren unter ihnen: 2. Verurteilte, 3. die auf den ordentlichen Prozessweg gewiesen wurden;

es waren unter den Verurteilten: 4. Raubmörder, 5. Räuber, 6. plündernde Strassenräuber, 7. Brandstifter.

Die anderen Rubriken gemäss des Geschlechts, Lebensalters, Standes (Klassenschichtung), Religion stimmten mit den Angaben der ersten Tabelle überein.

Was die Vollständigkeit, Zuverlässigkeit, Realität der gesammelten Angaben anbelangt, können viele Einwendungen gefunden werden. Von diesen erwähne ich hier — ohne eingehendere Bewertung — nur einige grundlegende Probleme. Auf einige Angaben hat uns schon der Unterausschuss für Gefängniswesen — der diese Quellen zunächst gebrauchte — aufmerksam gemacht, als er über die wichtigste Mangelhaftigkeit hingewiesen hat, und die hauptsächlichsten Unvollständigkeiten der Angabensammlung protokollierte;<sup>18</sup> auch die Zeitgenossen — vor allem Elek Fényes — haben auf einige numerische Irrtümer und methodische Mängel hingewiesen.

Einer der Mängel der Tabellen ist die Unvollständigkeit, weil mehrere munizipale und Gutsgefängnisse selbst nach wiederholten Mahnung des Palatins die Angaben nicht zugeschickt haben.<sup>19</sup> Nach der Meinung des Unterausschusses haben zwar diese fehlenden Angaben für das ganze Land keinen bedeutenden zahlenmässigen Unterschied bedeutet; aber die Versäumnis der

<sup>17</sup> Vgl. Die aufgrund der im Staatsarchiv befindlichen Original Exemplare gemachten Kopien der statischen Ausweise: Fayer, L.: A. a. O., S. 300—319.

<sup>18</sup> László Fayer: A. a. O., B. II, S. 510—513.

<sup>19</sup> Später — unsicher wann — diese Versäumnisse wurden durch die Munizipien teilweise ergänzt, aber einige Komitate sind auch so ausgeblieben.

Mitteilung der Angaben zeigt schon selber die Disziplin auf dem Gebiet der zeitgenössischen Datenlieferung.

Vielleicht ein noch schwerer — obwohl nicht mehr kontrollierbarer — Mangel, dass die zugeschickten Angaben die Wirklichkeit auch zahlenmäßig nicht in jedem Fall widerspiegeln. Im Sinne der kommunalen Verweisung, der die Angabensammlung verordnete mussten die Kommunen jährlich alle Gefangenen aufnehmen, die sie in ihren Gefängnissen gefangenhielten, unabhängig davon, ob diese später verurteilt, befreit wurden oder unter Prozess blieben und zwar so, dass die drei Rubriken (verklagt, befreit, verurteilt) mit der Anzahl der Gefangenen übereinstimmen sollten. Angenommen, dass die Anzahl der in den einzelnen Jahren gefangengehaltenen Häftlinge — deren Aufnahme die Vermessung des Gefangenenhausbedarfes erzielte — auch die reale Lage zeigte, führte diese Lösung auch zu einer gewissen Verzerrung bezüglich sämtlicher Verurteilten sowie der einzelnen Straftatgruppen und auch der Anzahl der Verklagten. Von der Dauer der Bestrafung abhängig, kamen nämlich die zu einer Gefängnisstrafe von mehreren Jahren Verurteilten mehrere Jahre hindurch unter den Verurteilten vor und so wurden sie mehrmals zusammengezählt (Anhäufung). Im Komitat Gömör z.B. waren in der Gesamtzahl der zu 10 Jahren verurteilten Mörder (174) in der Wirklichkeit nur 68 mörderische Individuen.<sup>20</sup>

Nach der kurzen Übersicht der statistischen Ermessung des Gefängniswesens zwischen 1831—1840 sind noch zwei Fragen aufzuwerfen; was für eine Rolle spielte die Ermessung in der Kodifikationsarbeit, andererseits in der Spiegelung der moralischen Zustände der Gesellschaft.

1843 hat man ein Strafgesetzbuch aus drei Teilen geplant: materieller, prozessualer Teil und Kodex des Gefängniswesens. Diese wurden von einzelnen Unterausschüssen vorbereitet. Was den Inhalt der Tabellen belangt, enthielten sie keine Angaben, die zum prozessualen Teil des Kodexes bzw. zur Arbeit des vorbereitenden Unterausschusses genügende Informationen hätten liefern können. Nur die ersten drei Rubriken (unter Prozess, freigesprochen, verurteilt) konnten dazu gewisse Information geben. Die Ermessung konnte zum Teil des Kodexes über das materielle Strafrecht ebenfalls nur wenige Anhaltspunkte liefern,<sup>21</sup> höchstens durch den allgemeinen Überblick der Kriminalität oder noch mehr durch die Vorlegung der zugemessenen Strafen. Übrigens haben sie in dieser zusammengezogenen Form der Verbrechensgruppen, aus Mangel an ihrer kombinatorischen Verarbeitung auch keine bedeutende Information können. Besonders nicht, wenn man noch in Betracht zieht, dass auch die bei der Klassifizierung der Verbrechen herrschenden Unsicherheiten das Angabensammeln bezüglich der Strafgerichtsbarkeit erschwert haben. Mangels eines Strafkodexes konnten nur die Gerichtspraxis und eventuell einige Verordnungen zur annähernden Trennung der einzelnen Verbrechensbegriffe einen Anhaltspunkt geben.<sup>22</sup>

Diese Ermessung konnte eine bedeutendere Information nur zur Arbeit des Unterausschusses des Gefängniswesens geben, mit der territorialen Ver-

<sup>20</sup> Elek Fényes: A. a. O., Bd. II, S. 122.

<sup>21</sup> Die Arbeitsmethode des Unterausschusses wurde in Pulszky's Werk: Életem és korom (Mein Leben und Zeitalter), auf Grund dessen auch dasselbe gefolgert werden kann, authentisch beschrieben.

<sup>22</sup> Diese wurden als bestehende Probleme von Gyula Schnierer noch in den 60-er Jahren des Jahrhunderts aufgeworfen: „Igazságszolgáltatás, statisztikai előadások“ (Justizpflege, statistische Vorlesungen), Heft 8. Pest, 1869.

teilung der Gefangenen, mit den Vorschlägen zur Errichtung und Grösse der anzulegenden Gefangenenhäuser. Obwohl auch dazu nicht sosehr die Zahl derjenigen, die während das ganzen Jahres gefangen waren, sondern vielmehr die Zahl derjenige, die — nach der Ausfilterung der Fluktuation — zu derselben Zeit gefangen waren, einen vollkommeneren Index hätte geben können.

Inwiefern diese Ausweise das moralische Gesicht oder mindestens die Kriminalitätsverhältnisse der Gesellschaft widerspiegeln, kann man den oben erwähnten Mängeln zufolge, kein befriedigendes Bild formen.

Es ist aber eine andere Frage, dass der Charakter der gesammelten Angaben, die Detailliertheit der sich auf die Gefangenen beziehenden Fragen der Komitate übrigens genug gewesen wäre, um die Kriminalität der Gesellschaft, mit anderen gesellschaftlich-wirtschaftlichen usw. Angaben vergleichen, zu beurteilen. Unter den gegebenen gesellschaftlichen und strafgerichtlichen Verhältnissen konnte der Umfang, die Zusammensetzung und Dynamik der Kriminalität nur mit Angaben der Verurteilten ausgedrückt werden.

Diese Nachweise wurden in der sich am Ende des Jahrhunderts belebenden statistischen Literatur so charakterisiert, dass „darin eher der Zustand unserer Gefängnisse als die Statistik unserer Kriminalistik geschildert wurde.“ Diese sehr oft zitierte Bewertung kann sich aber auf die Vermessung von 1831—1840 schon deshalb nicht beziehen, weil die Ausweise, die den Zustand der Gefängnisse zeigen — trotz dem Ersuchen des Landesausschusses nicht angefertigt worden sind und deshalb sie die Gefängnisverhältnisse auch nicht zeigen konnten.<sup>23</sup> Obwohl die Verwaltungsabteilung des Statthalterrates die Gefängnisverhältnisse der Munizipien regelmässig kontrollierte und Berichte über den Zustand, die Versorgtheit der Gefängnisse hielt.

Es kann letzten Endes festgestellt werden, dass man in unserem Land bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts von einer Kriminalstatistik in dem Sinne nicht sprechen kann, dass diese das Funktionieren der Justizorgane oder das Volumen der Kriminalität selbst mit annähernder Genauigkeit widerspiegeln würde. Aber unter Rücksichtnahme der zeitgenössischen heimatlichen Verhältnisse (es wäre fehlerhaft, die Frage anders zu bewerten), können die statistischen Ausweise von 1831—1840 trotz ihrer Mangelhaftigkeit als bedeutende Dokumente angesehen werden. Dass sie die Verurteilten den grundlegendsten Kennzeichen entsprechend in Territorialeinteilung mitteilte (wenn auch ohne die Körperstrafen), gab sie ein so übersichtliches Bild von den Kriminalzuständen, das unter den heimatlichen Verhältnissen früher gar nicht und eine Zeitlang auch später nicht veröffentlicht wurde.<sup>24</sup> Die eigentliche

<sup>23</sup> Vgl.: Fayer: A. a. O., Bd. I, S. 102, Fussnote 1. Es ist eine andere Frage, dass die von Konek stammende Feststellung (A bűnvádi eljárás statisztikája) (Statistik des Strafverfahrens), Statisztikai Közlemények, 1861. S. 265) sich ursprünglich nicht auf die Vermessung von 1831—1840 bezog, sondern im allgemeinen auf die Registrierungen der Gefängnisse. Er betonte damit die Tatsache, dass eine solche Zusammenstellung, ein solchertabellarischer Ausweis so ein Ausweis gewesen wäre, der dem Gang des Strafprozesse folgend, seine wesentliche Stufen genau dargestellt hätte, das aber mindestens vor 1848 ein frommer Wunsch war.

<sup>24</sup> Es kann hier auch angenommen werden, dass die unter dem Titel „Tafeln zur Statistik der oesterreichischen Monarchie“ vom Jahre 1844 auch im Druck erschienenen Tafeln der Direktion der administrativen Statistik zu Beginn auch die Angaben des ungarischen Justizwesens enthielten. Obwohl in diesen Tabellen in den Bänden 1849—1951 und 1852—1854 diese Angaben noch fehlen und eine sehr eingehende ungarische Justizstatistik nur in den Bänden 1856—1859 zu finden sind. Fényes bringt auch zusammenfassende Angaben aus der Periode 1840—1846 (Magyarország leírása) Beschreibung Ungarn. Pest, 1847, S. 191 ff:



Bedeutung dieser Vermessung ist auch nicht so sehr in den Vorangehenden zu suchen, sondern vielmehr darin, dass der Anspruch auf eine Kriminalstatistik schon auch von der Seite der heimatlichen staatlichen Organe auftrat. Diese Bedeutung wurde durch die Tatsache gesteigert, dass sie mit der strafrechtlichen Kodifikationsarbeit eng verknüpft war.

Nach der Beurteilung einiger Fachreferenten wäre es übertrieben, die auf die Jahre 1831—1840 bezügliche ungarische Kriminalstatistik so zu bewerten, dass sie das erste ausserordentlich wertvolle Dokument der offiziellen ungarischen Kriminalstatistik wäre,<sup>25</sup> da ähnliche Angaben auch seit der Verordnung von Maria Theresia 1757 gesammelt wurden. Auch wenn man die Richtigkeit dieser Feststellung anerkennt, muss man doch betonen, dass gerade diese sich auf 10 Jahre beziehende „Zusammenstellung“ bekannt wurde. Der Widerspruch aber, warum trotz der bei dem Statthalterrat schon befindlichen Angaben eine neue, auf 10 Jahre zurückgehende Vermessung (oder nur Ergänzung?) gemacht werden sollte, kann ohne die Bearbeitung des schon angeführten Materials des Statthalterratsarchivs nicht eindeutig erklärt werden.

Der Gesetzantrag vom Jahre 1843 konnte leider nicht realisiert werden, so ist auch die heimatliche Kriminalstatistik auf diesem Anfangsniveau bis zur Mitte der 1850er Jahre steckengeblieben, da die 1848 innerhalb des Innenministeriums aufgestellten hoffnungsvollen Konzeptionen eines von Elek Fényes geleiteten Statistischen Amtes nicht verwirklicht werden konnte.

#### IV.

Schliesslich sollte man noch über die ungarische kriminalstatistische Literatur, die wissenschaftliche Kultivierung der Kriminalstatistik sprechen. Die statistische Literatur in Ungarn, die ausschlaggebend beschreibenden Charakters war, kann auch auf eine ältere Vergangenheit zurückblicken, bevor sich der offizielle statistische Dienst ausgestaltet hätte. Dies bedeutet aber nicht, dass z.B. im Falle der Kriminalstatistik die Theorie der praktischen statistischen Tätigkeit vorausgegangen wäre. Wie es auch aus den Obigen hervorgeht, hat man in Ungarn eine kriminalstatistische Tätigkeit auch über das Gefängniswesen verrichtet — wenn auch im Auftrage der Wiener Regierung. Es ist eine andere Frage, dass diese Angaben, ihrer allgemein geheimen Natur zufolge, nicht zur Verfügung der heimatlichen Forschung standen.

Nach unseren bisherigen Kenntnissen veröffentlichte Schwartner in seinem Werk vom Beginn des 19. Jahrhunderts zum ersten Male numerische Daten über die heimatliche Lage der Gerichtsbarkeit.<sup>26</sup> Dies beschränkte sich aber entscheidend auf die Besprechung der Gesetze und der Gerichtsbarkeit. Schwartner erkannte die Notwendigkeit, dass auch der moralische Zustand des Landes aufgrund zahlenmässiger Angaben charakterisiert werden sollte, aber auch er konnte den schon früher genannten Gründen zufolge keine auf das ganze Land gültige Angaben präsentieren.

Auch die Werke von Fényes konnten nur aus Privatsammlungen stammende Detailangaben des Gefängniswesens enthalten. Neben dem oben genannten Werk von Károly Balla bedeutete die Vermessung vom Jahre 1831—

<sup>25</sup> Vgl.: *Tiba*: A. a. O., S. 214.

<sup>26</sup> Márton Schwartner: Statistik des Königreichs Ungarn, 1811.

1840 die erste Quelle, die für Fényes ermöglichte, die heimatlichen Kriminalverhältnisse zu analysieren.<sup>27</sup> Fényes hat mit der einfachen Gegenüberstellung der absoluten Zahlen, sowie aufgrund der umgekehrten Verhältniszahlen — Bevölkerungszahl Kriminalitätszahl — Ungarns Kriminalität mit der Kriminalität anderer Staaten, besonders der Staaten innerhalb der Monarchie, verglichen. Fényes bewertete die Kriminalität aufgrund der erwähnten Gründe gemäss Nationalitäten, Komitaten, Geschlechtern und auch anderer oben schon erwähnten Kriterien. Schliesslich versuchte er, die Gründe der Kriminalität und die Art und Weise der Prävention mit einfacheren Methoden zu forschen. Er sah drei Mittel für die Einhaltung der Gesetze:

1. Niemand soll die Absicht haben, diese zu verletzen, was seiner Meinung nach nur so erreicht werden könne, wenn die natürlichen Bürgerrechte für einen jeden gesichert sind.

2. Wenn die Gesetzverletzer sicher damit rechnen müssen, dass ihre gesetzwidrige Tat nicht geheimgehalten wird; deshalb sagte er: „Eher eine umstichtige Polizei als der Galgen.“<sup>28</sup>

3. Die Bestrafung soll sich nach der Natur des Menschen und der Schuld richten. Aufgrund der Gleichheit vor dem Gesetz fordert er gerechte Strafen, die die Menschen nicht erniedrigen. Er verurteilt deshalb vor allem körperliche Züchtigung aber auch die Todesstrafe.<sup>29</sup>

Die methodologischen, theoretischen Fragen der Kriminalstatistik präsentieren sich bei Fényes noch nicht. Dies ist eine offensichtliche Folge des auch von ihm angewendeten deskriptiven Charakters, und dieser letztere die Folge der heimatlichen seltenen und unsystematischen statistischen Quellen. Obwohl man in Verbindung damit bemerken kann, dass die Angaben vom Jahre 1831—1840 schon selber mehr Möglichkeiten hätten geben können, sei es um die Kriminalität zu analysieren, sei es um statistische, methodologische, theoretische Fragen aufzuwerfen. Dies ist besonders begründet, wenn wir in Betracht ziehen, dass die Werke von Guerry und Quetelet — wenigstens mittelbar — schon hätten bekannt werden können.

Die Angaben vom Jahre 1831—1840 wurden leider auch von Lajos Bitnicz nicht benützt, der an der Sitzung der mathematischen und naturwissenschaftlichen Abteilung der Akademie am 14. Juli 1851 das Wesen der Queteletschen Lehre in seiner Antrittsvorlesung „über des Gesetz der grossen Zahlen in den geistigen Äusserungen des Menschen“ zuerst bekanntmachte.<sup>30</sup> Bitnicz hat nach der Vorführung der bekannten Kriminalangaben von Quetelet in einer philosophischen Exposé bewiesen, dass das Gesetz der grossen Zahlen auch auf solche Erscheinungen angewendet werden können, die von dem Willen, Interesse, den Leidenschaften des Menschen abhängen, wo sich die massenhafte Beobachtung nicht auf die Gründe sondern auf die Wirkungen bezieht. Bitnicz hat mit Bedauern festgestellt, dass er über unsere heimatliche Verhältnisse — mangels entsprechender Angaben—keine Untersuchung dieses Charakters ausführen könne und erwähnte nur ein Beispiel aufgrund der aus

<sup>27</sup> Die Vorweisung der Kriminalangaben nach 1840 können auch bei Fényes gefunden werden: Magyarország leírása (Beschreibung Ungarns), Pest 1847, B. d. I, S. 191 ff.

<sup>28</sup> In dieser Abfassung ist der Gesichtspunkt der Aufklärung zu fühlen. Montesquieu hat aufgeworfen, dass ein guter Gesetzgeber sich vor allem nicht danach strebt, dass er die Schulden bestraft, sondern dass er diese verhütet. Vgl.: Geist der Gesetze. Budapest, 1962, Bd. I, S. 219.

<sup>29</sup> Fényes, Elek: A. a. O., Bd. III, S. 125 ff.

dem Buch von Károly Balla „Vélemény a büntetés mód javítása iránt” (Eine Meinung über die Verbesserung der Art und Weise der Strafe) genommenen Angaben,<sup>31</sup> namentlich die Stabilität der Verteilung der Gefangenen gemäss der Geschlechtern. In Verbindung damit soll bemerkt werden, dass Bitnicz zur gleichen Zeit diese Stabilität nur relativ auslegte, insoweit er darauf hinwies, dass die Änderung der Ursachen auch die Änderung der Gründe nach sich ziehe.

Ich konnte — als Ergebnis meiner bisherigen Forschungen — die Anfänge der Kriminalstatistik in Ungarn schematisch wie gesehen zusammenfassen. Es ist aber zweifellos, dass die heimatliche Glanzzeit dieses Themenkreises auf eine spätere Periode fällt, — sowohl in Hinsicht der Praxis als auch der Theorie — mit deren Exponierung aber ich mich in dieser eingeschränkten Abhandlung für ein Jubiläum nicht zu beschäftigen vermochte. Diese Fragen habe ich übrigens schon in meiner in 1971 verteidigten Kandidaturdissertation: „Theoretische Grundfragen der Berücksichtigung der Kriminalität” viel detaillierter erörtert.

<sup>30</sup> Magyar Akadémiai, Értesítő, Jg. XIV, 1851, S. 241—249.

<sup>31</sup> Vgl.: Balla: A. a. O. Tabelle B, die den vierteljährlichen zahlenmässigen Zustand der Gefangenen im Komitat Pest widerspiegelt. Zwischen 1835—1840.



## Ursprung und Funktion der actio Publiciana

### I.

1. Die Entstehung der *actio Publiciana* (im nachfolgenden: *Publiciana*), dieser so oft behandelten und so heftig umstrittenen<sup>1</sup> Klage ist in Dunkel gehüllt. Es ist erst anhand der justinianischen Institutionen bekannt, daß sie zuerst von einem Prätor namens Publicius in einem Edikt angekündigt wurde, von dem sie sodann ihren Namen bekam.<sup>2</sup> Die Entstehungszeit des Ediktes kann aber nicht einmal ungefähr bestimmt werden. Auch in den Jahreslisten der republikanischen Magistrate kommt der Name Publicius mehrmals vor<sup>3</sup>;

<sup>1</sup> Aus der älteren Literatur s. insbes.: Gimmerthal, Die publicianische Klage und die Mancipation, 3. A. (1889); Huschke, Das Recht der Publicianischen Klage (1874); Carusi, L'azione publiciana in diritto romano (1889); Appleton, Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne, I—II (1889); Bonfante, L'editto publiciano, in: *Scritti giuridici vari* II (1926) S. 389—438, mit weiteren Hinweisen. Neuere Literatur: De Sarlo, La definizione dell'actio Publiciana, nel diritto dei classici, *St. Solazzi* (1948) S. 203—218; De Visscher, „Auctoritas“ et „mancipium“, *SDHI* 22 (1956) S. 87—112; De Visscher, Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana, *SDHI* 23 (1957) S. 26—42; De Visscher, De la défense d'usucaper les choses volées, *RIDA* 5 (1958) S. 469—491; Gallo, Studi sulla distinzione fra res mancipi e res nec mancipi (1958); Wubbe, Res aliena pignori data (1960), *Summarium in deutscher Sprache*: S. 266—275; Wubbe, Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne, *RIDA* 8 (1961) S. 417—440; L. Lombardi, Dalla „fides“ alla „bona fides“ (1961) S. 237ff.; Sturm, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, *RIDA* 9 (1962) S. 357—416; Wubbe, Le possesseur de bonne foi vu par les juristes romains et modernes (1963); Wubbe, Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?, *SZ* 80 (1963) S. 175—205; Feenstra, Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge, *Mélanges Meylan* I (1963) S. 91—110 = *Fata iuris Romani* (1974) S. 119—138; Kiefner, Klassizität der „probatio diabolica“? *SZ* 81 (1964) S. 212—232; Watson, The Law of Property in the Later Roman Republic (1968) S. 154ff.; Diódsi, Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law (1970) S. 154ff.; Pugsley, The Roman Law of Property and Obligations (1972) S. 51ff. (für mich nicht zugänglich); Thür, Iustinians Publiciana und directa „in rem“, *SZ* 89 (1972) S. 362—375; Wacke, Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers, *Festschrift Seidl* (1975) S. 179—219; Apathy, Die publicianische Klage, Das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers (1981) S. 14—22; Apathy, Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer *SZ* 99 (1982) S. 158—186; Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die actio Publiciana?, *Studi Sanfilippo* I (1982) S. 20—37.

<sup>2</sup> Inst. 4.6.4 in fine: *quae actio publicana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.*

<sup>3</sup> Siehe T. R. S. Broughton: *The Magistrates of the Roman Republic*, II (1952) S. 143; weiterhin *PWRE* XXIII, 2 (1959) s. v. *Publicius*, Sp. 1897.

von diesen sind jedoch diejenigen außer acht zu lassen, die vor der Zeit der *lex Aebutia* tätig waren, da die *formula petitoria* der Eigentumsklage — deren Nachbildung die *actio Publiciana* ist — offensichtlich erst nach Schaffung dieses Gesetzes in das Edikt aufgenommen wurde. Leider ist auch die *lex Aebutia* als ein sehr ungewisser „terminus post quem“ anzusehen, zumal auch ihre Entstehungszeit sehr umstritten ist.<sup>4</sup>

Angesichts der Tatsache, daß sich auch später keine Neuerung in der Rechtsgestaltung finden läßt, die zweifellos als „terminus ante quem“ dienen könnte, wird von den Autoren zumeist — wenn auch mit Vorbehalt — der in zeitlicher Reihenfolge letzte Publicius, einer der Prätores des Jahres 686 (68 v. u. Z.),<sup>5</sup> der von Cicero erwähnte<sup>6</sup> Quintus Publicius als Verfasser des Ediktes<sup>7</sup> betrachtet. Diese Annahme erscheint jedoch problematisch, zumal Publicius von Cicero nur an zweiter Stelle erwähnt wird, was darauf hindeutet, daß dieser nur das Amt des *praetor peregrinus* bekleiden konnte.<sup>8</sup> Einige Autoren halten es dennoch nicht für ausgeschlossen, daß diese Klage von dem Fremdenprätor angeregt wurde, dem ansonsten in Rechtsstreitigkeiten zwischen den Bürgern keine Jurisdiktion zustand;<sup>9</sup> dieser Auffassung scheint die Überlegung zu widersprechen, daß in der Formel der *actio Publiciana* die Fiktion einer urwüchsig zivilen Rechtseinrichtung, die Usukapion, angewandt wird.<sup>10</sup>

2. Unter solchen Umständen ist es durchaus verständlich, daß mehrere Verfasser die Versuche zur Datierung des publicianischen Ediktes für völlig aussichtslos halten.<sup>11</sup> Von der gleichen Überlegung gehen im Grunde auch die Autoren aus, die die Einführung der Klage ohne nähere Angabe der Entstehungszeit in das 1—3. Jahrhundert v. u. Z. legen, also in jenes Zeitalter,

<sup>4</sup> Die Entstehung der *lex Aebutia* (de formulis) legte die frühere Literatur zum größten Teil in den Zeitraum von 149—125 v. u. Z., so vor allem Girard, La date de la loi Aebutia, SZ 14 (1893) S. 11ff.; Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia, SZ 29 (1902) S. 138ff.; s. ferner G. Rotondi, Leges publicae populi Romani<sup>2</sup> (1962) S. 304f. Nach Kaser soll die *lex Aebutia* die *agere per formulas* neben die *condictio*, also gerade neben die sich am spätesten herausgebildete Legisaktion, eingeführt haben, deshalb neigt er zur Auffassung, daß das Gesetz nicht viel später als die *lex Silia* und *Calpurnia*, also in der ersten Hälfte des 2. Jahrhunderts v. u. Z. entstanden ist; s. Kaser, Die *lex Aebutia*, Studi Albertario I (1953) S. 29ff. Aufgrund der Überlegungen zur *Publiciana* halte auch ich diese Entstehungszeit für wahrscheinlich.

<sup>5</sup> S. F. Münzer, PWRE XXIII, 2 (1959) Sp. 1897, s. v. Q. Publicius 13; Broughton, The Magistrates II (1952) S. 143, (mit Anm. 3), datiert das Amtsjahr auf 687 a. U. c. (= 67 v. u. Z.).

<sup>6</sup> Cicero, pro Cluentio, 45, 126: „quum defendissem apud M. Junium, Q. Publicium praetores...“

<sup>7</sup> Z. B. Kaser, Das römische Privatrecht I<sup>2</sup> (1971) S. 438, Anm. 2; F. Gallo, Actio Publiciana (in rem), NNDI, I. 1 (1957) S. 267, (S. 268, Anm. 5).

<sup>8</sup> Vgl. Festus, verb. sign.: Maiorem consulem... Praetorem autem maiorem urbanum, minores ceteros.

<sup>9</sup> Z. B. Gimmerthal, Publicianische Klage, S. 62; L. Lombardi, Dalla „fides“ alla „bona fides“ (1961) S. 243; dies wird zumindest als Möglichkeit bei Sturm erwogen, RIDA<sup>3</sup> 9 (1962) S. 358, Anm. 2.

<sup>10</sup> Auf diesen m. E. entscheidenden Umstand haben mehrere verwiesen, so Huschke, Publicianische Klage, S. 117; Appleton, Histoire I (1889) S. 32; Carusi, L'azione Publiciana (1889) S. 83f.

<sup>11</sup> S. Bonfante, Corso II, La proprietà 2<sup>2</sup> (1968) S. 440; Kaser, Eigentum und Besitz<sup>2</sup> (1956) S. 298ff.; ders., RPR I<sup>2</sup> (1971) S. 438; Volterra, Istituzioni (1972) S. 381; Wubbe, Res aliena pignori data (1960) S. 213ff.; ders., RIDA 8. (1961) S. 437; Sturm, RIDA 9 (1962) S. 359, Anm. 2.

in der sich eine wirtschaftliche Revolution vollzogen hat, durch die die Naturalwirtschaft in ihren Grundlagen erschüttert wurde, und die eine massenhafte Verbreitung des Warenaustausches sowie — als Ausdruck der aus ihm erwachsenen Bedürfnisse — das Erscheinen des Warenverkehrsrechtes zur Folge hatte. Da aber diese Autoren den grundlegenden Zweck der Einführung der *Publiciana* oder zumindest eines ihrer Zwecke in dem Rechtsschutz der *res Mancipi* formlos erwerbenden erblicken, ist ihre Folgerung nicht unlogisch, wenn sie den Erlaß des Ediktes in eine Epoche verlegen, in der für die Interessen des Warenverkehrs die formellen Vorschriften der Eigentumsübertragung gewiß immer unerträglicher wurden.<sup>12</sup>

3. In der neueren Forschung wird die Entstehung des Ediktes im republikanischen Zeitalter allein von Watson<sup>13</sup> bestritten. Mit einer vorsichtigen Hypothese versucht er wahrscheinlich zu machen, daß einer der Verfasser des Ediktes vielleicht Publicius Certus, der Prätor des Jahres 93 n. u. Z., war. Seine Auffassung gründet er in erster Linie nicht auf positive Argumente, vielmehr auf die Ungewißheit der durch die *communis opinio* berufenen Quellen, andererseits auf die Tatsache, daß die *Publiciana* zuerst bei Neratius<sup>14</sup> aufkommt. Es wäre nämlich nach Watson merkwürdig, wenn die Juristen einer so wichtigen Klage ein und ein halbes Jahrhundert hindurch keine Aufmerksamkeit geschenkt hätten.<sup>15</sup>

Watson geht jedoch in seinen Folgerungen, die er aus dem Mangel der *expressis verbis* Erwähnung des Ediktes zieht, zu weit. In Wirklichkeit hat man auch hier mit der wohlbekannten Erscheinung zu tun, daß von den Kompilatoren die Schriften der Hoch- und Spätclassiker vor denen der Frühclassiker bevorzugt wurden. Es besteht also kein Grund dafür, daß man den republikanischen Ursprung in Frage stellt; hält man die grundlegende Funktion dieser Klage vor Augen, so ist es sogar angebracht, ihre Entstehung in eine frühere Zeit als allgemein angenommen, und zwar in die erste Hälfte des 2. Jahrhunderts zu legen.<sup>16</sup>

## II.

1. Der von Publicius verfaßte, authentische Text des Ediktes sowie der der entsprechenden Klageformel ist nicht direkt erhalten geblieben. In der klassischen Rechtsliteratur, vor allem bei Gaius und in den Ediktskommenta-

<sup>12</sup> So z. B. Appleton, *Histoire* I (1889) S. 33f.; Diódsi, *Ownership*, S. 155, 164ff.

<sup>13</sup> Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic* (1968) S. 104—107 = *Some Remarks on the Dating of the „actio Publiciana“*, in: *Homenaje Sánchez del Río* (Zaragoza 1967) S. 193—196.

<sup>14</sup> Das Erscheinen der *Publiciana* wird in der Rechtsliteratur von anderen auf einen früheren Zeitpunkt datiert. Aus dem Umstand, daß ein die Klage behandelnder Pomponius-Text (D. 6.2.15) aus dem Sabinus-Kommentar dieses Juristen stammt, folgert Bonfante darauf, daß die *Publiciana* bereits im ersten Jahrhundert des Prinzipates mit Gewißheit bestanden hat, s. Bonfante, *Corso* II. 2 (1968) S. 440. Lombardi sieht in der Aussage des *Fragn. Vat. 1*, daß bereits die *veteres* zur Frage der *bonae fidei emptio* Stellung genommen haben, einen Beweis für das Bestehen der Klage im republikanischen Zeitalter, s. Lombardi, *Dalla fides*, S. 244.

<sup>15</sup> Watson, *Law of Property* S. 107, aber da er sein Bestehen im republikanischen Zeitalter nicht für sicher hält, sieht er in seinem Buch von ihrer weiteren Erörterung ab.

<sup>16</sup> S. nachstehend in Punkt V. 3.

ren, finden sich aber häufig Berufungen auf die Publiciana. Anhand dieser Quellen bietet sich Möglichkeit vor allem zur Feststellung des Edikt- und Klageschrifttextes aus klassischer Zeit, gegebenenfalls kann man aber aus ihnen vorausgesetzt natürlich, daß sich diese Texte im Laufe der Zeit überhaupt verändert haben, auch auf ihre von Publicius gegebene, ursprüngliche Form schließen.

Zur Rekonstruktion des Textes bieten vor allem die folgenden Quellenstellen einen Anhaltspunkt:

Gai. 4,36: ... *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit. Nam quia potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit, veluti hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. A. EMIT (ET) IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET...*

Ulp. D. 6,2,1 pr.: *Ait praetor: „Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo.“*

Ulp. D. 6,2,7,11: *Praetor ait: „qui bona fide emit“. Non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet.*

Bereits beim ersten Anblick werden die Unterschiede und Widersprüche zwischen den Texten erkennbar. Bei Gaius wird sowohl das Edikt als auch die Formel dargestellt, bei Ulpian nur das erstere. Der Text des Ediktes bei den beiden Juristen ist insoweit abweichend, als bei Ulpian einerseits der Ausdruck (lex 1 pr) *a non domino*, andererseits (lex 7,11) *bona fide* gebraucht wird, bei Gaius dagegen keiner dieser Ausdrücke vorkommt. Der andere Unterschied zeigt sich zwischen dem Text des Edikts und der Klageformel. Im ersteren findet sich nämlich sowohl bei Gaius als auch bei Ulpian (lex 1 pr) eine generelle Bezugnahme auf die Erwerbstitel, während der Formeltext bei Gaius lediglich den Kauf erwähnt. Noch mehr verwickelt wird die Frage dadurch, daß in der lex 7,11 auch der den Prätor zitierende Ulpian von gutgläubigem Kauf spricht.

Die dargestellte Beschaffenheit der Quellentexte macht einigermaßen die resignierte Feststellung Lenels verständlich: „Wer über die Publiciana schreibt, ist auf Conjekturen angewiesen und kann nicht erwarten, andere zu überzeugen“.<sup>17</sup> Die Lehrgeschichte der Problematik dieser Klage scheint diese Worte ganz zu bestätigen. Bei den Versuchen, den Text des Ediktes zu rekonstruieren, bildeten sich bislang drei Hauptrichtungen heraus, je nachdem, welcher der angeführten Texte zugrunde gelegt wird; die Meinungen gehen aber oft auch innerhalb dieser Richtungen auseinander. Anhand der lex 7,11 sind einige Autoren der Ansicht, im Edikt sei ursprünglich vom gutgläubigen Kauf die Rede gewesen, der aber später mit dem Ausdruck *ex iusta causa* ersetzt worden sei.<sup>18</sup> Andere vertreten die kompromißlerische Ansicht, daß

<sup>17</sup> Lenel, Nachträge zum Edictum Perpetuum, SZ 20 (1899) S. 31; mit ähnlicher Skepsis äußert sich auch Pacchioni, s. Una nuova ricostruzione dell'editto publiciano, BIDR 9 (1896) S. 118.

<sup>18</sup> Puntschart, Civilrecht der Römer, S. 353f.; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II (1901) S. 1211; Nach Perozzi und Pacchioni erweiterte die Rechtswissenschaft die Geltung des Ediktes auf die anderen Erwerbstitel. Perozzi ist der Ansicht, daß Gaius nicht den Standpunkt des Ediktes, sondern der Rechtswissenschaft zurückgibt, und der Text des Ediktes erst von Justinian verändert wurde, s. L'editto publiciano, BIDR 7 (1894) S. 45f. Nach Pacchioni dagegen hat die Verallgemeinerung Julian vorgenommen, deshalb zitiert z. B. Neratius in D. 6,2,17 (*qui*



im Text des Ediktes die *iusta causa* und die *emptio bonae fidei* zusammen vorhanden waren.<sup>19</sup> Schließlich gibt es Autoren, die der Nachbildung des Textes die *lex 1 pr* zugrunde legen, doch mit sehr verschiedenen und wesentlichen Veränderungen.<sup>20</sup>

2. Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Bemühungen der textkritischen Literatur zur Rekonstruktion des authentischen, ursprünglichen Textes erfolglos geblieben sind. Es wurde aber erkannt, daß eine Klärung des Ursprungs und der Funktion der publicianischen Klage nur dann zu erhoffen ist, wenn diese in größere Zusammenhänge eingebettet, in Verbindung mit den Mitteln des Eigentumsschutzes, untersucht werden.

Der Kern der Bestimmungen des Ediktes ist immerhin klar. Den im Ulpian-Text vorkommenden Ausdruck „*non a domino*“ halten die Forscher — unabhängig davon, auf welchem Standpunkt sie stehen — fast ausnahmslos für eine nicht ausreichend durchdachte Interpolation.<sup>21</sup> Nach dem gegenwärtigen Wortlaut der *lex 1 pr* müßte nämlich der Kläger, um zu erreichen, daß ihm die Klageformel überhaupt ausgestellt wird, gleichzeitig zwei einander ausschließende Tatsachen behaupten: zum ersten, daß er in Ersitzungsposition war, was die *bona fides* voraussetzt; andererseits, daß er die Sache von einem Nichteigentümer erworben hat. Es liegt auf der Hand, daß man diesen beiden Voraussetzungen nicht entsprechen kann. Wer nämlich aussagt, die Sache *non a domino* erworben zu haben, kann sich selbst nicht als gutgläubig betrachten.<sup>22</sup>

*bona fide emit*) das vorjulianische Edikt, Gaius aber das Ediktum Perpetuum, s. BIDR 9 (1896) S. 118f.

<sup>19</sup> Pellat, Exposé des principes généraux de la propriété, 2. ed. (1853) S. 448f.; Brinz, Zum Rechte der bonae fidei possessio, Festgabe Arndts (1875) S. 101; Brezzo, Archivio Giuridico 43 (1889) S. 274; Abgarowicz, Essai sur la preuve dans la rei vindicatio (1912) S. 230f., Anm. 1. Dieser Ansicht schließt sich Mommsen in seiner Digestenausgabe in der Anmerkung zu 6.2.1. pr an; ebenso auch Bonfante s. RISG 9 (1890) S. 97.

<sup>20</sup> S. Gimmerthal, Die publicianische Klage (1872) S. 63—76; Cuq, L'édit publicien, NRHD 1877, S. 628f.; Appleton, Histoire I (1899) S. 60f.; Erman, Beiträge zur Publiciana, SZ 11 (1891) S. 232—249; Seeler, Das publicianische Edikt, SZ 21 (1900) S. 58ff. Nach der zuerst vertretenen Ansicht von Bonfante (BIDR 3, 1890, S. 316) war der Ausdruck *qui bona fide emit* ein späterer ediktaler Zusatz, nach seiner späteren Ansicht aber Bestandteil der Klageformel, s. L'éditto publiciano, Scritti II (1926) S. 399ff.; einheitliches Edikt mit getrennten Formeln: Huschke, Das Recht der publicianischen Klage (1884) S. 315; Carusi, L'azione publiciana in diritto romano (1889) S. 17—69; zwei Edikte mit zwei Formeln: Rudorff, Edicti perpetui que rel. sunt (1869) S. 75; Voigt, Das ius naturale, IV (1875) S. 476—484. Den letzteren Standpunkt machte sich auch Lenel zueigen, s. Beiträge zur Kunde des praetorischen Edikts (1878) und Edictum Perpetuum (1883) S. 130ff., der jedoch zuerst die These über den Doppelcharakter der Formel aufgab, vgl. Palingenesia iuris civilis II (1889) S. 512, Anm. 3, S. 1264, sodann auch den des Ediktes, s. Nachträge zum Edictum Perpetuum, SZ 20 (1899) S. 11 und Edictum Perpetuum, 2. A. (1907) S. 164.

<sup>21</sup> Bonfante, L'éditto publiciano, Scritti II (1926) S. 390f.; Lenel, EP<sup>3</sup> (1927) S. 170f.; Pflüger, Zwei Rätsel, SZ 42 (1921) S. 472. Noailles stellt seine Authentizität deshalb in Abrede, weil ansonsten der Kläger „devrait d'abord faire la preuve de l'irrégularité de son titre“ (Fas et Jus S. 242). Auch nach Wubbe handelt es sich um eine spätere Einfügung, die auch nicht von Ulpian stammen kann, s. RIDA 8 (1961) S. 428.

<sup>22</sup> Das Dilemma ließe sich nur auf die Weise beseitigen, wenn wir aussagen würden, daß sich der beim Erwerb bestehende gute Glaube notwendigerweise in *mala fides superveniens* verwandeln muß, um die actio Publiciana überhaupt erheben zu können.

Was Gaius ansonsten von der Vorschrift des Ediktes (*datur autem — petit*) sagt, stimmt im Grunde mit dem von Ulpian zitierten Text des Ediktes überein. Demnach kündigte Publicius das später von ihm benannte Rechtsschutzmittel für denjenigen an, der aus dem Besitz der ihm aufgrund eines rechtmäßigen Erwerbstitels tradierten Sache ausfällt, noch bevor er die Ersitzung hätte beenden können. Aufgrund des Ediktes wurde die Klage abgefaßt,<sup>23</sup> welche — wie dies aus dem Text von Gaius hervorgeht — auf der Fiktion aufbaut, daß die Ersitzungszeit abgelaufen ist. Wie das Edikt, so faßt auch die Klageformel die beiden positiven, jeweils vom Kläger nachzuweisenden Vorbedingungen der Usukapion zusammen, namentlich den rechtmäßigen Erwerbstitel und die *traditio* (d.h. die Tatsache der Besitzergreifung). Die negativen Vorbedingungen des Ersitzungstatbestandes, nämlich die Gutgläubigkeit und die Geeignetheit der Sache zur Ersitzung,<sup>24</sup> werden in den oben angeführten Texten nicht erwähnt, zumal ihr Vorhandensein zugunsten des Klägers vermutet wird und der Beweis für die Bösgläubigkeit des Klägers bzw. die Nichtersitzbarkeit der Sache der Gegenpartei zur Last fällt.

Aus diesem Umstand läßt sich auch der Gegensatz erklären, der sich in der Frage der *bona fides* zwischen der lex 11,7 und den anderen beiden Texten zeigt. Das Edikt und die Formel führt von den Tatbestandselementen der publizianischen Klage lediglich diejenigen an, deren Vorhandensein der Kläger im Verfahren zu beweisen hat; in den Texten, die den Praetor wortwörtlich zitieren, fehlt deshalb die Erwähnung des guten Glaubens. Da aber in der Klageformel die *bona fides* als negatives Tatbestandselement einbezogen ist, setzt sich der Kommentar-Schreiber Ulpian mit der Frage der Gutgläubigkeit des *usucapiens* in Verbindung mit dem Rechtstitel des Kaufes mit Recht auseinander.<sup>25</sup>

Zusammenfassend kann also in bezug auf das publizianische Edikt mit Sicherheit festgestellt werden, daß dieses für jenen Rechtsuchenden zur Verfügung stand, „*qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit.*“

### III.

1. In den letzten Jahrzehnten ist jedoch die Fachliteratur nicht mehr an der Rekonstruktion des ursprünglichen Textes des publizianischen Ediktes interessiert. Die neueren Autoren suchen zunächst auf die Frage Antwort, worin die ursprüngliche Funktion der Publiciana bestand, was ihr Verhältnis

<sup>23</sup> Da das grundlegende und häufigste Rechtsgeschäft des Verkehrs die *emptio* ist, kann man annehmen, daß im Formelmuster ursprünglich dieser Rechtstitel angeführt war, wenngleich Gaius — wie dies aus den Worten *velut hoc modo* in 4,36 hervorgeht — die *emptio* nur beispielsweise erwähnt; in dem letzteren Sinn Diódsi, Ownership S. 157.

<sup>24</sup> Die dritte negative Voraussetzung im Tatbestand, die Kontinuität des Besitzes (d.h. dessen Nichtunterbrechung) während der Ersitzungszeit, bleibt bei der Publiciana außer acht.

<sup>25</sup> Deshalb erscheint mir die Diskussion sinnlos, die darum ging, ob der Ausdruck *bona fides* im Edikt und in der Formel vorgekommen ist. Bejahend zu dieser Frage nahmen Stellung die in Anmerkung 2. und 3. erwähnten Verfasser, ferner neuerdings Kaser, RPR 1<sup>2</sup> (1971) S. 439, verneinend außer den in Anmerkung 4. angeführten z. B. Beseler, Beiträge III, (1913) S. 197ff., IV (1920) S. 87ff.; Bonfante, Publiciana S. 399, 402; Pflüger, Zwei Rätsel, SZ 42 (1921) S. 469ff.

zur *rei vindicatio* war und welche die Beweggründe ihrer Einführung waren. In jedem dieser Themen hat sich eine lebhafte Diskussion entfacht, und die dabei vertretenen Standpunkte blieben bis heute polarisiert.

Den Ausgangspunkt zu sämtlichen, vorangehend erwähnten Teilfragen bietet eigentlich die Auffassung über die Funktion der Klage im klassischen Zeitalter, ganz unabhängig davon, ob sich ihr Vertreter zu dieser Frage äußert und ob er sich deren Tragweite bewußt ist oder nicht.

Auch aus diesem Grunde erscheint es angebracht, uns vor allem mit dieser Frage zu befassen.

Die Quellenbasis stellen die von Gaius stammenden, also unbestreitbar klassischen Texte dar:

2.41: *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata vel in iure cessa (esset. 42. Usucapio autem)<sup>26</sup> mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est. 43. Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui traderet, dominum esse.*

Gaius legt hier eigentlich die Funktionen der Usukapion seiner Zeit dar, da sich aber die *actio Publiciana*, wie dies aus 4,36 hervorgeht, auf die Fiktion der Ersitzung gründet, können ihre Aussagen offensichtlich darauf bezogen werden. Demgemäß wurde die Klage im klassischen Zeitalter auf zwei, voneinander abgegrenzte Hypothesen angewandt, und zwar wenn a) der vom Eigentümer eine *res Mancipi* formlos (d.h. durch *traditio*) Erwerbende, b) der was für eine Sache auch immer vom Nichteigentümer Erwerbende noch vor Ablauf der Ersitzungszeit aus dem Besitz der Sache ausfällt.

Die andere Quellenstelle, die bei der Herausbildung des Standpunktes zur Frage der Funktionen der Usukapion mit eine Rolle spielt, ist als eine Fortsetzung des vorangehend zitierten Gaius-Textes anzusehen:

Gai. 2,45: *Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia. 50; Unde in rebus mobiliis non facile p(ro)cedit, ut bonae fidei possessori usucapio con)petat,<sup>27</sup> quis qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur.*

Gaius befaßt sich hier mit dem Tatbestand des Erwerbs der durch einen Nichteigentümer veräußerten, also für den Besitzer vorläufig als fremdes Eigentum geltenden Sache (*res aliena*). Aus dieser Hypothese folgt, daß hier der *bonae fidei possessor* mit einer Person identisch ist, von der man mit Sicherheit weiß, daß sie die Sache von einem Nichteigentümer erworben hat. Da aber eine *res furtiva* sogar der gutgläubige Erwerber nicht zu ersitzen

<sup>26</sup> S. Gai institutiones, edd. P. Krueger et G. Studemund, 5. ed. (1905) S. 52; Mayer—Maly, Zur Textgestalt von Gai. 2.41—61, Jura 11 (1960) S. 201ff. Wahrscheinlich handelt es sich dabei im Cod. Veronensis um eine eigenwillige Verkürzung des ursprünglichen Textes.

<sup>27</sup> Aus dem Cod. Veronensis fehlt es, aus den Inst. 2.6.3 ergänzt, s. Krueger—Studemund, Gai inst. S. 54.

vermag, und da die Veräußerung einer Sache, die einem anderen gehört, in der Regel als *furtum* gilt, scheint die Folgerung von Gaius durchaus akzeptabel zu sein, wonach es unter solchen Umständen nicht leicht vorkommen kann, daß der gutgläubige Besitzer, — der als Erwerber von einem Nichteigentümer definiert wird — die Möglichkeit zur Ersitzung hat.

Es ist somit verständlich, daß die Mehrheit der Autoren, die die Funktion der Publiciana zu klären suchen, ihr Augenmerk von dem *bonae fidei possessor* nunmehr auf den bonitarischen Eigentümer wenden. Wenn man nämlich die Hindernisse beachtet, die dem Ersitzen durch den gutgläubigen Besitzer im Wege stehen, so muß man mit gutem Grund daran denken, daß von der durch die Klageformel gebotenen Möglichkeit nur derjenige Gebrauch machen kann, bei dem diese Hindernisse nicht bestehen, der also die Sache zwar mit einem Formmangel, aber immerhin von einem Eigentümer erworben hat.

2. Gegenüber der früher vertretenen Ansicht, wonach die Publiciana von Anfang an einem doppelten Ziel diente,<sup>28</sup> gelangten Lenel und seine Schüler — die aber auch schon Vorläufer hatten<sup>29</sup> — zu der Konklusion, daß der ursprüngliche Zweck des Ediktes nicht im Schutz des vom Nichteigentümer Erwerbenden bestanden hat.

Lenel, der von seinem früheren Standpunkt, wonach die publizianische Klage auch schon ursprünglich eine Doppelfunktion erfüllt habe,<sup>30</sup> abging, war später der Ansicht, daß Publicius bloß den Tatbestand der *traditio rei Mancipi* vor Augen hielt, ohne zu bemerken, daß der Tatbestand zwei Fälle in sich birgt, namentlich den des Erwerbs vom Eigentümer und vom Nichteigentümer.<sup>31</sup> Die zwei Hypothesen sollen nach ihm erst die Klassiker getrennt haben, wobei sie dem bonitarischen Eigentümer in vieler Hinsicht umfangreichere Rechte einräumten, als dem einfachen gutgläubigen Besitzer. Der Erwerb der *res nec Mancipi* benötigte nach Lenel anfangs überhaupt nicht den Schutz der Publiciana, zumal dem Erwerber — unabhängig vom Recht des Vormannes — die Vindikation zustand.<sup>32</sup> Er begründet diese überraschende Auffassung — die merkwürdigerweise auch bei späteren Autoren wiederholt auftaucht<sup>33</sup> — damit, daß die Prozeßform der damaligen Vindikation die *legis actio sacramento* war, bei der ein absoluter Beweis des Eigentumsrechtes nicht verlangt wurde. Hier hätte der „formgemäße“ Erwerb vom vorigen Besitzer<sup>34</sup> *prima facie* den Eigentumsbeweis ersetzt, was für das Obsiegen allenfalls genügte, außer wenn die Gegenpartei Beweise von ähnlichem Wert erbringen konnte. Im letzteren Fall habe man jedoch, um zu obsiegen, ent-

<sup>28</sup> S. Appleton, *Propriété prétorienne* I (1899) S. 40ff.

<sup>29</sup> Puchta, *Das Gewohnheitsrecht* I (1828) S. 36ff.; Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 1. Teil: *Geschichte des Kaufs im römischen Recht* (1876) S. 387ff. Gimmerthal ist geradezu bestrebt nachzuweisen, daß die Publiciana, die *ager vectigalis* ausgenommen, auch dann auf die *res nec Mancipi* angewandt wurde, als deren Geltung die Klassiker auch auf den Erwerb vom Nichteigentümer ausgedehnt haben; s. *Die Publicianische Klage und die Mancipation* (1872) S. 61ff.

<sup>30</sup> Lenel, *Beiträge zur Kunde des prätorischen Edicts* (1878) S. 1—54.

<sup>31</sup> Lenel, *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, SZ 20 (1899) S. 11—31.

<sup>32</sup> Lenel, *Nachträge* S. 28—29.

<sup>33</sup> Z. B. nach Kaser (EB S. 196f.) begnügte man sich auch hier mit der Prüfung des „besseren Rechtes“, weiterhin „mit gewissen primitiven Beweisregeln“; s. ferner Sturm, RIDA 9 (1962) S. 385f.

<sup>34</sup> Lenel, *Nachträge* S. 30. Es ist jedoch unklar, was Lenel unter „Beweis formgemäßen Erwerbs“ versteht, zumal hier von *res nec Mancipi* die Rede ist.

weder das Recht des Vormannes oder die Ersitzung beweisen müssen.<sup>35</sup> Den publizianischen Schutz der *res Mancipi* machte nach Lenel das Aufkommen der einseitigen Vindikation erforderlich, bei der der Beklagte nicht mehr sein Recht zu behaupten brauchte; für das Obsiegen reichte es, wenn sein Gegenbeweis sich (anstatt auf sein eigenes Recht) auf das Nichtvorhandensein des Rechtes des Klägers richtete. Zur Ausweitung der Geltung der Publiciana bedurfte es ansonsten nach Lenel nicht eines Eingriffs durch den Prätor, diese Aufgabe habe die Rechtswissenschaft gelöst, indem sie jene Anwendungsfälle der Klage herausarbeitete, von denen die klassischen Texte berichten.<sup>36</sup>

3. Der Auffassung von Lenel ist die von De Visscher insoweit ähnlich, als auch er die Ersitzung einer vom Nichteigentümer erworbenen Sache nicht für einen originellen Fall hält.<sup>37</sup> Nach ihm war das erst seit der Zeit möglich, nachdem sich der Schwerpunkt von der *auctor*-Rolle des Vormannes auf die *bona fides* des Erwerbers verlegt hatte. Diese Entwicklung widerspiegelt sich nach ihm auch in der Gestaltung des Ersitzungsverbotes der gestohlenen Sachen. Da in der Urzeit des römischen Rechtes die *res nec Mancipi* nicht in den Bereich der Usukapion fielen, enthielt das Zwölftafelgesetz nur das Verbot für die Ersitzung der gestohlenen *res Mancipi*. Als im Laufe der späteren Entwicklung auch die Ersitzung der *res nec Mancipi* ermöglicht wurde, weiterhin die Usukapion auch auf den Erwerb vom Nichteigentümer Anwendung fand, wurde das Verbot durch die *lex Atinia* in bezug auf sämtliche Arten von Sachen verallgemeinert.<sup>38</sup> Doch erstreckte sich deshalb nach De Visscher die Usukapion, wie auch die Publiciana, anfangs nur auf die vom Eigentümer formlos veräußerten *res Mancipi*.

4. Gleichwie Lenel und De Visscher ist auch Sturm<sup>39</sup> der Ansicht, daß das Ziel, das Publicius ursprünglich vor Augen schwebte, der Schutz des bonitarischen Eigentums war; die Geschichte der Klage geht also auch bei ihm von der vom Eigentümer tradierten Sache aus. Die Klage sei erst viel später zum Schutz des vom Nichteigentümer Erwerbenden angewandt worden, aber infolge des Verbotes der Ersitzung von gestohlenen Sachen auch hier in einem ziemlich engen Kreis.<sup>40</sup> Sturm glaubt diese Folgerung aus der Entwicklungsgeschichte der Usukapion anhand des Umstandes ziehen zu können, daß die beiden Institute eng miteinander verbunden sind. Nach seiner Auffassung habe auch die Ersitzung beim Erwerb *a domino* ihren Ausgangspunkt und sei erst später auf den Erwerb *a non domino* ausgedehnt worden, doch habe die letztere Möglichkeit auch noch in Gaius' Zeiten als Ausnahme gegolten. Dagegen seien Fälle der formlosen Übertragung der *res Mancipi* bereits im Zeitalter der XII-Tafeln vorgekommen.<sup>41</sup> Die Geschichte der Publiciana würde demnach die der Usukapion wiederholen; doch habe sich die Entwicklung in entgegengesetzter Richtung vollzogen, wie allgemein angenommen; daß näm-

<sup>35</sup> Lenel, Nachträge S. 30.

<sup>36</sup> Lenel, Nachträge S. 31.; Lenel, Das Edictum Perpetuum<sup>3</sup> (1927) S. 172.

<sup>37</sup> S. De Visscher, „Auctoritas“ et „mancipium“; SDHI 22 (1956) S. 105ff.; ders., Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana, SDHI 23 (1957) S. 29ff.; ders., De la défense d'usucaper les choses volées, RIDA<sup>3</sup> 5 (1958) S. 437ff.

<sup>38</sup> De Visscher, SDHI 23 (1957) S. 34ff.; RIDA<sup>3</sup> 5 (1958) 477ff.

<sup>39</sup> Sturm, Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana, RIDA 9 (1962) S. 357ff.

<sup>40</sup> Sturm, a. O. S. 412—414.

<sup>41</sup> Sturm, a. O. S. 397—411.

lich, die früher weitläufig anerkannte Möglichkeit des Erwerbs der vom Nichteigentümer veräußerten Sache gerade im Laufe der späteren Entwicklung (durch die *lex Atinia*) eingeschränkt wurde.

Das Eigentumsrecht der formlos Veräußernden betrachtet Sturm — wie auch seine Vorläufer — als von vornherein gegeben und die Gesichtspunkte des Eigentumsbeweises sollen nach ihm bei der Schaffung des publizianischen Ediktes nicht einmal in Frage gekommen sein. Der Autor ist bemüht, seine Leser mit einer Reihe von Argumenten davon zu überzeugen, daß die Befreiung von der *probatio diabolica* nicht — wie Wubbe annimmt — der Grund für die Einführung der Klage war, zumal diese im römischen Recht gar nicht bekannt gewesen sei. Dieser Begründung muß man beipflichten, was wir auch immer von der Richtigkeit des einen oder anderen seiner Argumente halten. Die Stichhaltigkeit der Konklusion Sturms, wonach bei Vindikation der Kläger sein Eigentumsrecht auch bereits vor Ablauf der Ersitzungszeit ohne besondere Schwierigkeit habe beweisen können, muß jedoch bestritten werden.<sup>42</sup>

5. Wubbe, der sich in mehreren Abhandlungen mit den Fragen der publizianischen Klage auseinandersetzt, geht von einem ganz anderen Blickpunkt an das Problem heran.<sup>43</sup> Indem er seinen Untersuchungen den von Gaius (4,36) und den von Ulpian (D.6.2.1. pr.) zitierten Text zugrundelegt, vertritt er die Auffassung, daß die *Publiciana* von Anfang an einem jeden zur Verfügung gestanden habe, der eine Sache (sei es eine *res Mancipi* oder eine *res nec Mancipi*) von einem Eigentümer oder ein Nichteigentümer, der Formvorschriften gemäß oder formlos, erworben hat, unabhängig davon, ob er die Ersitzung bereits beendet hatte, oder, bevor er den Besitz verlor, erst im Begriff war, die Sache zu ersitzen.<sup>44</sup> All diese Erwerber entsprächen nach Wubbe der im Edikt und in der Klageformel angeführten Bedingung, daß ihnen eine Sache aufgrund irgendeines Erwerbstitels (*ex iusta causa*) übertragen worden ist, der gute Glaube aber für sie alle vermutet wird. Die genannten Erwerbertypen bilden nach Wubbe zusammen die Kategorie der *bonae fidei possessor* mit Rechtstitel. Und da nach der Formulierung Wubbes, die *bona fides* nichts anderes bedeutet als die zur Zeit der Besitzergreifung bestehende, richtige oder sich nachträglich als falsch erweisende Überzeugung des Besitznehmers, daß er die Sache vom Eigentümer erworben hat,<sup>45</sup> gehört auch derjenige zu dieser Kategorie, der die Sache demzufolge, daß diese zur Ersitzung ungeeignet ist, nicht wird ersitzen können. Aber hierher sei auch der Erwerber *a domino* zu zählen, zumal auch sein Erwerb *ex iusta causa* erfolgte und weil seine Annahme, daß sein Vormann Eigentümer der Sache gewesen war, sich als richtig erwies, könne man in erster Linie von ihm mit Recht behaupten, daß er die Sache gutgläubig besitzt.<sup>46</sup>

Dieser klagerechtlichen Anschauungsweise stellte Wubbe die materiellrechtliche gegenüber, nach der der *bonae fidei possessor* als eine sich vom Eigentümer unterscheidende Person, d.h. als ein vom Nichteigentümer Erwerbender definiert wird, wie dies auch bei Gaius in 2.41—45 und bei der Mehrheit der ihm folgenden modernen Autoren der Fall ist. Von den beiden Anschauungsweisen gibt Wubbe der ersteren den Vorzug, wobei er davon ausgeht, daß

<sup>42</sup> Sturm, a. O. S. 363ff.

<sup>43</sup> Siehe unter Anm. 1.

<sup>44</sup> Wubbe, RIDA 8 (1961) S. 422ff.

<sup>45</sup> Wubbe, SZ 80 (1963) S. 186ff.

<sup>46</sup> Wubbe, SZ 80 (1963) S. 189.

diese der Realität der alltäglichen Rechtspraxis gerecht wird und sich auch in der klassischen Entscheidungsliteratur, die den größten Anteil unserer Quellen ausmacht, widerspiegelt. Nach diesem Konzept ist der gutgläubige Besitzer in Endkonsequenz ein präsumierter Eigentümer und das von ihm durch die Publiciana geltend gemachte Recht nichts anderes als das Eigentumsrecht selbst, mithin verfolgen die Publiciana und die Eigentumsklage ein und dasselbe Ziel.<sup>47</sup>

Was die Gründe für die Einführung der Publiciana anbelangt, macht sich Wubbe die Hypothese von Kaser über die römische Eigentumsentwicklung zu eigen,<sup>48</sup> und ist der Ansicht, die Klage sei vom Prätor zur Ausfüllung jener Lücken eingeführt worden, die im Eigentumsschutz beim Übergang vom Legisaktionen- zum Formularverfahren und parallel dazu bei der Umwandlung des relativen Eigentums in ein absolutes entstanden sind.<sup>49</sup> Da nach der Vorstellung Wubbes die Funktion der Publiciana darin besteht, daß der Erwerber bereits vor Ablauf der Ersitzungszeit vom Recht des Veräußerers unabhängig gemacht wird, wie dies bei der Usukapion nach Ablauf derselben erfolgt, schließt er darauf, daß vor Einführung der Publiciana eine solche Abhängigkeit bestanden hat, was aber für die Zeit nach Herausbildung des absoluten Eigentums die mittelbare Anerkennung der *probatio diabolica* bedeutet.<sup>50</sup> In der vorangehenden Epoche gab es nach Wubbe keine solchen Beweisschwierigkeiten, zumal der Richter seine Entscheidung im Rechtsstreit zwischen dem Vindizierenden und dem Kontravindizierenden nicht aufgrund des Eigentumsbeweises fällte, sondern allein auf der Grundlage, das Recht welcher Prozeßpartei „besser“ als das der anderen ist.<sup>51</sup>

6. Diódsi versucht zwischen den Standpunkten Wubbes und Sturms zu vermitteln.<sup>52</sup> Einerseits akzeptiert er die Auffassung Wubbes über die Funktion der Publiciana, allerdings mit der Einschränkung, daß nach Ablauf der Ersitzungszeit nur die *rei vindicatio* erhoben werden konnte. Unter den Besitzerwerbenden *ex iusta causa* gehören nach ihm also nur diejenigen zu den *bonae fidei possessores*, die auch tatsächlich ersitzen werden.<sup>53</sup> Später kommt er jedoch von dieser Auffassung ab, und zwar als er an das Problem der ursprünglichen Funktion der Publiciana doch von der materiellrechtlichen Anschauung aus herangeht und die Frage zu beantworten versucht, ob letztlich der formlose Erwerb *a domino* oder der Erwerb vom Nichteigentümer jene Hypothese war, die Publicius damals vor Augen hielt. In Übereinstimmung mit Sturm erachtet Diódsi die formlose Übertragung als das entscheidende Motiv für die Einführung der Klage<sup>54</sup> doch konnten nach ihm manchmal auch jene mit Erfolg von der Klage Gebrauch machen, die sich nicht

<sup>47</sup> Wubbe, SZ 80 (1963) S. 203.

<sup>48</sup> Kaser, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, 2. A. (1956) S. 298–302.

<sup>49</sup> S. Wubbe, Res aliena pignori data (1960) S. 267f.; weiterhin RIDA<sup>3</sup> 8 (1961) S. 438–440.

<sup>50</sup> Von dieser Schlußfolgerung schreckt aber auch der Verfasser zurück und umgeht im Grunde genommen das Problem, vgl. Wubbe, RIDA<sup>3</sup> 8 (1961) S. 438.

<sup>51</sup> Wubbe, RIDA<sup>3</sup> 8 (1961) S. 439.

<sup>52</sup> Diódsi, Ownership S. 154ff.

<sup>53</sup> Diódsi, a. O. S. 158, 160.

<sup>54</sup> Diódsi: "... Sturm is also right when he emphasizes that the decisive motive of the introduction of the *actio Publiciana* was the informal conveyance, and not the difficulties of bringing evidence with the *rei vindicatio*", s. a. O. S. 165, mit Hinweis auf Sturm, RIDA<sup>3</sup> 9 (1962) S. 415.

darauf berufen konnten, vom Eigentümer erworben zu haben.<sup>55</sup> Bei der Schaffung der Publiciana dürfte daher nicht der Schutz des relativen Eigentums, das Diódsi ansonsten ablehnt,<sup>56</sup> eine Rolle gespielt haben, vielmehr wollte seiner Ansicht nach der Prätor durch den Schutz des formlosen Erwerbs den Warenverkehr beschleunigen; in dem Schutz des Erwerbs vom Nichteigentümer komme aber eine vorsichtige und eingeschränkte Anerkennung der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs zum Ausdruck.<sup>57</sup>

7. In neuester Zeit befaßte sich Apathy sehr tiefgründig mit den Problemen der Publiciana.<sup>58</sup> Er erkennt richtig, daß die Fragen um die Publiciana nicht endgültig beantwortet worden sind und die Diskussion in letzter Zeit geradezu ins Stocken geraten ist. Wie Diódsi ist auch Apathy der Meinung, man könne die gegensätzlichen Auffassungen Wubbes und Sturms nicht völlig verwerfen; darüber hinaus, daß die Publiciana die Lage des Ersitzers im allgemeinen schützte, gereichte sie sowohl dem eine *res Mancipi* formlos Erwerbenden, als auch dem von Nichteigentümer Erwerbenden zum Nutzen.<sup>59</sup>

In bezug auf die letzteren Fälle des Erwerbs stellt Apathy fest, daß der Schutz des Klägers durch die publizianische Klage insoweit eine unterschiedliche Wirkung hat, als sie dem bonitarischen Eigentümer einen absoluten, dem Erwerber vom Nichteigentümer dagegen nur einen relativen Schutz andeuten läßt, woraus man aber nach ihm darauf schließen kann, daß die Publiciana nicht einem einheitlichen Zweck diene, sondern gleichzeitig mehrere Funktionen erfülle.<sup>60</sup>

Gegen Sturm bringt er zwar vor, daß die Ersitzung der vom Nichteigentümer erworbenen Sachen bereits zur Zeit der XII-Tafeln kein Ausnahmefall war; weiterhin, daß es sich mit Sturms Theorie nicht erklären läßt, warum jeder Ersitzungsbesitzer geschützt wird, nicht nur der bonitarische Eigentümer.<sup>61</sup> Doch läßt Apathy deutlich erkennen, daß nach seinem Standpunkt die Publiciana letztlich zum Schutz des eine *res Mancipi* Erwerbenden ins Leben gerufen wurde.<sup>62</sup> Er räumt zwar ein, daß die Beweiserleichterung für den Kläger vielleicht eine weitläufigere Wirkung der Klage darstellt, doch betont er im Gegensatz zu Wubbe auch in diesem Zusammenhang, daß die Klage nicht allein auf dieses Ziel gerichtet war; dies gehe nach ihm auch daraus hervor, daß der Eigentumserwerb an einem Formmangel scheitern konnte, auch wenn der Beweis des Rechtes des Vormannes ohne weiteres gelang.<sup>63</sup>

Die Heilung des Erwerbs mit Formfehler stellt nach Apathy schon deshalb einen wichtigeren Anwendungsfall der Publiciana dar als der Erwerb vom Nichteigentümer, weil der den verlorenen Besitz zurückerwerbende bonitarische Eigentümer erneut in eine Ersitzungslage gerät, hingegen der Erwerber *a non domino* in ähnlicher Situation, wenn er vor dem erneuten

<sup>55</sup> Diódsi: "In practice it was primarily available to those who had acquired without formalities, but sometimes it could also efficiently be brought by those who could not claim to have acquired from the owner"; s. Ownership S. 165.

<sup>56</sup> Diódsi, a. O. S. 94—106.

<sup>57</sup> Diódsi, a. O. S. 165, c).

<sup>58</sup> S. unter Anm. 1.

<sup>59</sup> Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die *actio Publiciana*?, St. Sanfilippo I (1982) S. 24.

<sup>60</sup> Apathy, a. O. S. 25f.

<sup>61</sup> Apathy, a. O. S. 27—29.

<sup>62</sup> Apathy, a. O. S. 32.

<sup>63</sup> Apathy, a. O. S. 33.



Besitzerwerb bösgläubig wurde, zur Ersitzung nicht berechtigt ist, obwohl ihm der Weg zur Erhebung der publizianischen Klage auch in diesem Fall offensteht.<sup>64</sup> Die dieser Folgerung zugrunde liegenden Texte besagen jedoch nicht, daß der erneute Besitzerwerb mit Hilfe der Publiciana erfolgte, sie erhärten somit nicht Apathys Konzept, wonach die publizianische Klage auch dann zum Erfolg habe führen können, wenn die Stellung des Klägers als Ersitzungsbesitzers aufhörte.<sup>65</sup>

Im Grunde erblickt also auch Apathy die Funktionen der Publiciana in den Hypothesen des formell fehlerhaften Erwerbs *a domino* und des Erwerbs vom Nichteigentümer. Wenn neben diesen Tatbeständen auch die Gestalt jenes Eigentümers in Erscheinung tritt, der zwecks eines einfacheren Beweises seines Rechtes anstatt der mit der *probatio diabolica* einhergehenden *rei vindicatio* die Publiciana in Anspruch nimmt, so bleibt das Verhältnis der drei Anwendungsfälle zueinander auch bei ihm ungeklärt.

8. Unserer Ansicht nach ist eine Vermittlung zwischen dem Konzept Wubbes und denen, die einen entgegengesetzten Standpunkt vertreten, nicht möglich. Die Funktionen der Publiciana hat nämlich Wubbe im Grunde genommen stichhaltig, im Einklang mit den Aussagen der Quellen, obwohl in mancher Hinsicht der Berichtigung und der Weiterentwicklung bedürftig, geklärt. Unannehmbar erscheint uns jedoch seine, sich auf die Hypothese von Kaser stützende Ansicht über die Gründe der Einführung der Klage, wo doch diese aus den von ihm richtig erkannten Funktionen unmittelbar resultieren.

#### IV.

Angesichts der Schwierigkeiten, die sich daraus ergaben, daß sich bei den Forschern die Überlegungen zum Stand der Normierung vor und nach Einführung der Klage oft vermischen, erscheint es methodologisch angebracht, zunächst die Funktion der Publiciana im klassischen Zeitalter zu untersuchen, um anhand der hier gewonnenen Erkenntnisse auf den Stand der Regelung vor Erlaß des Ediktes zurückzublicken und schließlich jene rechtliche Neuerung zu erforschen, die Publicius zur Ankündigung seines Ediktes veranlaßte.

Die Stellungnahme zur Funktion der Publiciana im klassischen Zeitalter ist letztlich dadurch bedingt, wie man das Verhältnis der oben dargestellten Texte zueinander beurteilt. Nach der einen Gruppe dieser Texte (Ulp. D. 6.2.1 pr. und Gai 4.36) kann die publizianische Klage ein jeder erheben, der eine Sache — welcher Art auch immer — vom vorigen Besitzer *ex iusta causa* erworben und diese noch nicht ersessen hat; die andere Gruppe der Texte (Gai 2.41—50) dagegen führt als Anwendungsfall der Usukapion — folglich der Publiciana — den förmlich fehlerhaften Erwerb *a domino* und den Erwerb vom Nichteigentümer an. Die Verschiedenheit der in den Texten zum Ausdruck kommenden Anschauungsweise fällt auf den ersten Blick ins Auge:

<sup>64</sup> Apathy, a. O. S. 35f.

<sup>65</sup> Paulus sagt in D. 41.3.15.2, Julianus in D. 41.4.7.4, daß wenn der seinen Besitz verlorene gutgläubige Besitzer vor dem Rückerwerb der Sache erfährt, daß diese einem anderen gehört, sein erneuter Besitzerwerb als bösgläubig gilt. In diesem Fall kommt also die Regel „*mala fides superveniens non nocet*“ nicht zur Geltung. Aus den Texten läßt sich deshalb nicht die These ableiten, wonach „der (publizianische) Kläger wird... zwar als (ehemals redlicher und) rechtmässiger Erwerber, nicht aber auch als Ersitzungsbesitzer geschützt“, s. Apathy, a. O. S. 36.

die Texte der ersten Gruppe ermangeln einer eigentumsrechtlichen Qualifizierung des Klägers, in den zur zweiten Gruppe gehörenden Texten dagegen ist die Qualifikation des Erwerbers als Eigentümer bzw. Nichteigentümer von vornherein gegeben.

Will man die Funktion der Publiciana ergründen, so bietet sich dazu eine *a priori* geklärte Eigentumslage auf den ersten Blick als ein zuverlässigerer Ausgangspunkt als eine ungeklärte. Die meisten Autoren legten offensichtlich deshalb ihren Untersuchungen die Hypothesen des Erwerbs *a domino* und *a non domino* zugrunde. Die einzige Schwäche dieser Anschauungsweise, die sodann auch deren Daseinsberechtigung fragwürdig macht, liegt darin, daß eine von vornherein geklärte Eigentumslage in der alltäglichen Praxis kaum vorkommt.

2. In den Fällen, wenn irgend jemand von einem anderen erwirbt, ist die Stellung des Erwerbers in der Regel aus eigentumsrechtlicher Sicht zu-  
meist perplex: in Abhängigkeit von der Rechtslage des Vormannes hat der titulierte Besitzerwerber (*prossessor ex iusta causa*) das Eigentum an der Sache entweder erworben oder nicht. Das Institut, das der Umwandlung der ungewissen Lage in eine gewisse dient, ist die Usukapion, über deren grundlegende Funktion auch die Klassiker offenkundig einig waren:

Gai. 2.44: *Quod (d.h. die usucapio) ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium...*<sup>66</sup>

Damit die Usukapion ihre Funktion erfüllen kann, brauchte der sich auf sie Berufende von dem vollständigen gesetzlichen Tatbestand lediglich den Erwerbstitel zu beweisen, sowie den Umstand, daß die Besitznahme zu einem Zeitpunkt erfolgte, seit dessen Eintritt die zur Ersitzung vorgeschriebene Zeit abgelaufen ist. Vermutet wird dagegen zu seinen Gunsten die Kontinuität des Besitzes, der gute Glaube bei dem Besitzerwerb und die Geeignetheit der Sache zur Ersitzung. Damit wird also nur das Nichtvorhandensein der Hindernisse der Ersitzung (Unterbrechung der Ersitzung, Bösgläubigkeit, Ungeeignetheit der Sache) markiert.<sup>67</sup> Was die *mala fides* und die Furtivität des Ersitzungsgegenstandes anbelangt, so können die Beweise für diese Umstände von dem wirklichen Eigentümer der Sache auch nach Ablauf der Ersitzungszeit erbracht werden.<sup>68</sup>

<sup>66</sup> Vgl. noch Gai. D. 41.3.1: *Bono publico usucapio introducta est...* Ner. D. 41.10.5: *... ut aliquis litium finis esset ...*; weiterhin Cic. pro Caec. 74: *...at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium...*

<sup>67</sup> Im Formularverfahren wird das „*thema probandum*“ in der Intention der *formula petitoria* festgehalten: *actor intendit rem suam esse* (Gai 4,92). Aus einem Reskript Diokletians geht deutlich hervor, daß bei derivativem Erwerb der Kläger „*factam emptionem et in vacuum possessionem inductum*“ zu beweisen hat (C. 4.19.12), also offensichtlich die beiden positiven Bedingungen der Usukapion. Daraus folgt aber, daß der Beweis des Vorliegens der anderen Bedingungen nicht dem Kläger obliegt. Der Urkundenbeweis war in diesem Zeitalter so verbreitet, daß man dem nur durch ein kaiserliches Wort Geltung verschaffen konnte, daß der Beweis des Rechtstitels auch auf andere Weise (z.B. durch Zeugen) zugelassen ist. Für uns hat diese Quellenstelle deshalb einen besonderen Wert, weil sie das „*thema probandum*“ der Usukapion unbestreitbar macht; somit ist die These mehr als eine bloße Wahrscheinlichkeit, wie dies von mehreren Verfassern angenommen wird, so Kaser, *EB* S. 297; Wubbe, *RIDA* 8 (1961) S. 421, Anm. 13; Sturm, *RIDA* 9 (1962) S. 385; Diódsi, *Ownership* S. 164.

<sup>68</sup> Erst die durch Justinian eingeführte *longissimi temporis praescriptio* macht den derivativen Erwerb der 30 bzw. 40 Jahre hindurch besessenen Sache endgültig

Als Publicius sein Edikt und die entsprechende Klageformel, in deren Intention die durch den Kläger zu beweisenden Tatbestandselemente genannt sind, ankündigte, sah er deutlich voraus, wem der Schutz, der sämtlichen Besitzerwerbenden *ex iusta causa* — und den sodann ihren Besitz verlierenden — versprochen wurde, praktisch zugute kommen wird.

Die Personen nämlich, die den Bedingungen der Intention gerecht werden, bilden eine ziemlich heterogene Masse. Unter den eine *res nec Mancipi* Erwerbenden finden sich solche, die vom Eigentümer und andere, die vom Nichteigentümer erworben haben. Nicht anders verhält es sich mit den Erwerbenden einer *res Mancipi*, auch wenn diese die vorgeschriebenen Formalitäten ansonsten eingehalten haben; auch ihr Erwerb erfolgte entweder von einem Eigentümer oder einem Nichteigentümer. Da es kein äußeres Merkmal gibt, das die zu Eigentümern gewordenen Erwerber von denen, die Nichteigentümer sind, *prima facie* unterscheiden würde, muß auch der einzelne Erwerber als ein solcher angesehen werden, der die Sache entweder von einem Eigentümer oder von einem Nichteigentümer erworben hat.

3. Von den Erwerbenden, die instande sind, das Vorhandensein der positiven Bedingungen der Usukapion zu beweisen, wird aber nicht ein jeder unbedingt ersitzen können, da dem Eigentumserwerb durch Ersitzung gegebenenfalls ein Hindernis im Wege stehen kann. Dies betrifft in erster Linie diejenigen, die, wenngleich gutgläubig, eine gestohlene Sache in Besitz genommen haben, zumal die *res furtivae* unersitzbar sind. Dieses Verbot hat dadurch weitgehende Konsequenzen, daß die bewußte Veräußerung der beweglichen Sache eines anderen ohne dessen Zustimmung schon an sich als *furtum* anzusehen ist;<sup>69</sup> aus diesem Grunde kann es — wie darauf Gaius (2,50) aufmerksam macht — nicht so leicht vorkommen, daß der Erwerber *a non domino* in der Lage ist, eine solche Sache zu ersitzen. Dem Eigentümer steht die Vindikation der von ihm gestohlenen Sache gegenüber einem jeden und ohne zeitliche Begrenzung zu, folglich ist der Schutz, der sich auf die abgelaufene Ersitzungszeit oder auf deren Fiktion gründet, weder für ihn, noch für den gutgläubigen Erwerber von Relevanz. Die Ersitzung beweglicher Sachen vom Nichteigentümer kann somit nur ausnahmsweise vorkommen, in solchen Fällen, wenn irgend jemand die bewegliche Sache eines anderen nicht absichtlich (also zufällig oder irrtümlicherweise) veräußert hat.<sup>70</sup>

Trotz des Anscheins sind die Chancen der Ersitzung eines vom Nichteigentümer veräußerten fremden Immobiliargutes nicht viel besser. Ein heim-

---

unanfechtbar, indem sie die Bestreitung der Furtivität (und zugleich auch des Mangels des *titulus*) verbietet (C. 7.39.8.1); vgl. Bonfante, Corso II: La proprietà 2 (1968) S. 365—67.

<sup>69</sup> Die Lage nach der *lex Atinia* vor Augen haltend. Was das vorangehende Zeitalter und in diesem den Umfang des *furtum*-Begriffs, ferner das Verhältnis der *lex Atinia* zu den XII-Tafeln anbelangt, gibt es auseinandergerhende Meinungen, auf die man hier nicht einzugehen braucht. Aus der ausgedehnten Literatur des Problems s. insbesondere v. Lübtow, Hand wahre Hand (1955) S. 122—143.

<sup>70</sup> Diese Überlegung bildet eigentlich die Grundlage für die Auffassung, welche die Funktion der Usukapion und der *Publiciana* im Schutz des bonitarischen Eigentums sieht. Bei der Bestimmung der Funktion ist es jedoch nicht entscheidend, ob die Zahl der von Nichteigentümern Erwerbenden, für die die Ersitzung offen ist, groß oder verschwindend gering ist; ausschlaggebend ist, daß die nicht vielen Nichteigentümer von den in Mehrheit befindlichen Eigentümern nicht zu unterscheiden sind, was dazu ausreicht, die Beurteilung der Eigentumslage der einzelnen Erwerber unbestimmt zu machen.

licher (*clam*) Besitzerwerb von Immobilien ist unmöglich, die Ersitzung eines durch einen *vi* Besitzerwerber veräußerten Grundstücks fällt aber unter das Verbot der *lex Julia et Plautia*.<sup>71</sup> Für die Ersitzung des *fundus alienus* bleiben also jene seltenen Fälle übrig, bei denen der Nichteigentümer einem gutgläubigen Dritten ein solches fremdes Grundstück veräußert, dessen Eigentümer ohne Hinterlassung eines Erben verstorben ist oder seit längerer Zeit abwesend ist bzw. seine Liegenschaft aus Indolenz verläßt (Gai. 2.51).

Da beim Erwerb einer *res furtiva* die Frage des guten oder bösen Glaubens völlig unerheblich ist, kann der Beweis für die *mala fides* des Erwerbers und somit die Widerlegung der Vermutung der *bona fides* nur in bezug auf den Erwerb einer nicht als *res furtiva* geltenden fremden Sache in Betracht kommen; daraus geht hervor, daß dieses Ersitzungshindernis in der Praxis nur selten bestehen konnte.

4. Was das von den Forschern so sehr favorisierte bonitarische Eigentum als Ersitzungsfall anbelangt, so wird Publicius die spekulative Hypothese der Übertragung „*a domino*“ der *res Mancipi* kaum Kopfzerbrechen gemacht haben. Da auch der durch *mancipatio* Erwerbende die Sache in der Regel zu ersitzen hat, da seine Qualifikation als Eigentümer genauso zweifelhaft ist als die des eine *res nec Mancipi* Erwerbenden, kommt dem Umstand nur eine sehr geringe Bedeutung zu, daß der eine *res Mancipi ex iusta causa* Erwerbende außer dem unsicheren Recht des Vormannes zugleich auch aus einem anderen Grunde, namentlich infolge eines Formfehlers, einer Ersitzung bedarf. Eben deshalb erscheinen die Überlegungen, die bei mehreren Autoren über den unterschiedlichen Charakter der dem bonitarischen Eigentümer und dem Nichteigentümer zustehenden *Publiciana*, über die absolute bzw. relative Wirkung des durch sie gewährten Schutzes zu lesen sind, nur von theoretischer Bedeutung.<sup>72</sup>

Bedarf aber der Erwerb einer *res Mancipi* zur Klärung der Eigentums-lage jeweils einer Ersitzung, die zugleich auch die Folgen eines eventuellen Formfehlers heilt, dann liegt es auf der Hand, daß die Parteien die *Mancipatio* ohne besondere Folgen auch weglassen können. Daraus kann man aber mit Recht die Folgerung ziehen, daß durch die *Publiciana* die *Mancipatio* im Kreise der Eigentumsübertragung zum größten Teil überflüssig geworden ist und parallel dazu die Unterscheidung zwischen *res Mancipi* und *res nec Mancipi* des weiteren keine praktische Bedeutung mehr hatte.<sup>73</sup>

5. Aus dem Umstand, daß die bewußte Veräußerung einer *res aliena* als *furtum* gilt, und als *res furtiva* nicht ersitzbar ist, daß es weiterhin nicht möglich ist, einen *fundus alienus* heimlich in Besitz zu nehmen, dessen mit

<sup>71</sup> Die Volksgesetze, die die Ersitzung der *res vi possessae* ausschließen, stammen aus dem letzten Jahrhundert der Republik. Die *lex Plautia de vi* entstand zwischen 78 und 63 v. u. Z., die *lex Julia de vi* aber unter Caesar oder Augustus also längere Zeit nach der *lex Atinia*; s. Kaser, RPR I<sup>2</sup> (1971) S. 420. Dies bedeutet jedoch nicht daß die *vi* erworbenen Sachen früher ersitzbar gewesen wären, vielmehr dürften diese früher mit den *res furtivae* zusammen zu den „*res subreptae*“ gehört haben.

<sup>72</sup> Vgl. z.B. Bonfante, Corso II, La proprietà 2 (1968) S. 437; Jörs—Kunkel, Römisches Privatrecht<sup>3</sup> (1949) S. 142; Kaser, RPR I<sup>2</sup> (1971) S. 438ff.; Apathy, Schutz des Ersitzungsbesitzes durch die *Publiciana*?, St. Sanfilippo I (1982) S. 25f.

<sup>73</sup> So auch Pugsley, der jedoch der Ansicht ist, die *Publiciana* sei ausschließlich zugunsten der Erwerber vom Nichteigentümer geschaffen worden; s. Pugsley, The Roman Law of Property and Obligations (1972) S. 55ff., zitiert von Apathy, Schutz S. 29.

Gewalt herbeigeführter Erwerb aber die Sache (*res vi possessa*) gleichfalls unersitzbar macht, ergibt sich, daß man den auf die Fiktion der Ersitzung gegründeten Schutz des Erwerbers *a non domino* nicht als die grundlegende Funktion der *Publiciana* im klassischen Zeitalter betrachten kann und dies auch nicht das entscheidende Motiv ihrer Einführung war.

Auch der Schutz des bonitarischen Eigentums stellt keine selbständige Funktion der *Publiciana* dar, denn der Formfehler als Ersitzungsgrund geht in der Regel mit dem zweifelhaften Recht des Vormannes als Ersitzungsgrund einher.<sup>74</sup>

Aus diesen Überlegungen ergibt sich als einzige vernünftige Folgerung, daß die *Publiciana* letztendlich für die Erwerber „*a domino*“, also für die Eigentümer selbst bestimmt ist, unabhängig davon, ob diese die Sache formgemäß oder formlos erworben haben. Vor allen anderen sind es nämlich die wahren Eigentümer, die den positiven und negativen Bedingungen der Usukapion gerecht werden.

Um ihren Schutz zu erleichtern, ist es jedoch unumgänglich, daß die Usukapion und der Schutz der Ersitzungslage auch für eine bestimmte Schicht der vom Nichteigentümer Erwerbenden ermöglicht wird, denjenigen nämlich, die keine *res furtiva* erworben haben. Ihre Zahl ist im Auge des Prätors im Vergleich zu den Erwerbern *a domino* eine „quantité négligeable“. Aus dem Rechtsschutz, der für sie durch die Eröffnung der Usukapion gewährt wurde, ziehen sie einen Nutzen, der von Seite der Rechtsmäßigkeit nicht ihnen zugedacht war. Für die Erleichterung des Schutzes der *a domino* Erwerbenden sprechen jedoch überwiegende Argumente, denen das geringere Interesse weichen muß. Durch die Rechtsschöpfung des Prätors werden die wirklichen Eigentümer — gegenüber den etwaigen Erwerbern *a non domino* — dazu angehalten, ihr Recht den letzteren gegenüber innerhalb der Ersitzungszeit geltend zu machen.

Die Methode, mit deren Hilfe das rechtspolitische Ziel in optimalem Grad, d.h. bei möglichst geringstem Nachteil, erreicht werden kann, ist im Grunde einfach: der Prätor betrachtet im *in iure* Verfahren jeden Besitzerwerber *ex iusta causa*, ohne seine Berechtigung zu prüfen, sogleich als „wahrscheinlichen Eigentümer“ und stellt für ihn eine fiktizische Vindikationsformel aus. Die Gefahr, daß Unwürdige von dem nicht ihnen zugedachten Schutz Gebrauch machen, ist nämlich verschwindend gering. Die Interessen jenes wirklichen Eigentümers, der die ihm eigene Sache infolge von Diebstahl verloren hat, werden durch den publizianischen Schutz nicht beeinträchtigt, da er diese Sache zu jeder Zeit, von wem auch immer, vindizieren kann. Dem wirklichen Eigentümer der nicht gestohlenen Sache steht aber die Vindikation innerhalb der Ersitzungszeit selbst bei gutem Glauben des Usukapienten zu; wenn aber die Bösgläubigkeit des letzteren beweisbar ist, so kann er die Vindikation auch nach Ablauf der Ersitzungszeit in Anspruch nehmen. Die Gesichtspunkte der materiellen Gerechtigkeit und der rechtspolitischen Zweckmäßigkeit (d.h. der Sicherheit des Warenverkehrs) sind also rationell aufeinander abgestimmt.

6. Geht man von der grundlegenden Bestimmung der *Publiciana* aus, so läßt sich deren Verhältnis zur *rei vindicatio* erhellen und auch die Frage

<sup>74</sup> Natürlich kann man von vornherein auch den Fall nicht ausschließen, wenn „dem Kläger der Beweis des Eigentums des Vormannes ohne weiteres gelingt, wogegen ein Eigentumserwerb mangels Form nicht erfolgt“ (*Apathy*, a. O. S. 32f.). *Publicius* mußte aber — wie der Rechtsetzende immer — nicht den extremen, sondern den typischen Fall vor Augen halten.

beantworten, ob auch derjenige die publizianische Klage erheben kann, der die Ersitzung bereits vollendet hat. Nach Wubbe steht dem nichts im Wege, da auch dieser, bevor er den Besitz verlor, die Sache *ex iusta causa* besaß und somit die Bedingungen für die Inanspruchnahme der Publiciana auch bei ihm vorliegen.<sup>75</sup> Diódsi lehnt diese Möglichkeit mit der Begründung ab, daß die Klageformel in diesem Fall Unwahres beinhalten würde, andererseits die vollendete Usukapion den Kläger ebenso vom Beweis des Rechtes seiner Vormänner befreit, wie die Publiciana.<sup>76</sup> Die letztere kann man daher nicht als eine Beweiserleichterung gewährleistende Variante der Vindikation auffassen, vielmehr grenzt sich der Anwendungsbereich der beiden Klagen scharf voneinander ab.<sup>77</sup>

Der hier diskutierten Frage kommt m.E. keine praktische Bedeutung zu. Wenn nämlich die ihren Besitz verlorene und ihre Sache zurückzuerwerben begehrende Partei vor dem Magistrat erscheint, stellt der Prätor die Klageformel aufgrund des vor ihr vorgetragenen Sachverhaltes aus. Behauptet der Kläger bei Angabe des Erwerbstitels, daß er die Sache zu einem Zeitpunkt in Besitz genommen hat, von dem an bis zum Verlust des Besitzes die Ersitzungszeit abgelaufen ist, so wird der Prätor die Klageformel der *rei vindicatio* ausstellen. Behauptet der Kläger aber einen solchen Zeitpunkt des Besitzerwerbes, daß der Ablauf der Ersitzungszeit nicht festzustellen ist, so wird der Prätor die Publiciana ausstellen, unabhängig davon, ob der Erwerb der Sache gegebenenfalls durch *mancipatio* oder *in iure cessio* erfolgte.<sup>78</sup>

Da für die Auswahl der einen von den zwei Formeln der beweisbare Zeitpunkt des Besitzerwerbes maßgeblich ist, kann es vorkommen, daß der Kläger, der die Sache bereits ersessen hat, nur eine zu einem solchen Zeitpunkt erfolgte Besitznahme nachweisen kann, von dem an bis zum Besitzverlust die zur Ersitzung erforderliche Zeit noch nicht abgelaufen ist; in diesem Fall muß er sich mit der Publiciana begnügen. Ihm erwächst jedoch daraus kein Nachteil, zumal er der Hypothese gemäß Eigentümer der Sache ist.

## V.

1. Um die Tragweite der Neuerung des Prätors Publicius zu verstehen, fassen wir kurz die vopublizianischen Rechtsverhältnisse ins Auge. Das Bestehen der ursprünglichen Erwerbsarten im altrömischen Recht, die Okkupation ausgenommen, läßt sich quellenmäßig nicht belegen, doch kann in Hinblick auf den Agrarcharakter der Wirtschaft vorausgesetzt werden, daß der unmittelbare Eigentumserwerb an Früchten anerkannt wurde.<sup>79</sup> Die Beurteilung des derivativen Erwerbes ist gleichfalls stark unstritten. Aus der decemviralen

<sup>75</sup> Wubbe, *Res aliena pignori data* (1960) S. 274; vgl. noch SZ 80 (1963) S. 189.

<sup>76</sup> Diódsi, *Ownership* S. 160.

<sup>77</sup> Diódsi, *Ownership* S. 160, 164.

<sup>78</sup> Nach Diódsi stellt der Prätor in dem Fall, wenn der Kläger durch *in iure cessio* oder *mancipatio* erworben hat, die Formel der *rei vindicatio* aus, selbst wenn die Ersitzungszeit nicht abgelaufen ist, vgl. *Ownership* S. 160. Dies steht jedoch im Gegensatz zu der an anderer Stelle geäußerten Ansicht des Verfassers, wonach sich der Kläger bei *rei vindicatio* auf eine vollendete Usukapion zu berufen hat, s. *Ownership* S. 164.

<sup>79</sup> Vgl. Kaser, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, SZ 65 (1947) S. 219ff.

Vorschrift (6,3) „*usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annuus esto*“ geht deutlich hervor, daß an der erworbenen Sache im Ergebnis eines ein- bzw. zweijährigen Besitzes ein festes Eigentumsrecht entstand. Es sei hinzugefügt: auf eine andere Weise konnte dieses Recht gar nicht entstehen, da der Beweis des Eigentumsrechtes — wie darauf auch Noailles richtig verweist — auch im altrömischen Recht nicht anders als durch Usukapion erfolgen konnte.<sup>80</sup>

Die Forscher beschäftigt aber die ungewisse Rechtsstellung des Erwerbers, der die Sache noch nicht ersessen hat. Bei Klage durch Vindikation verweist man den Erwerber zum Vormann, damit dieser für ihn Zeugnis ablege.<sup>81</sup> In Wirklichkeit kann aber der Vormann durch seine Aussage dem Erwerber nur dann zugute kommen, wenn er die Sache vorangehend schon ersessen hatte, also der im Verfahren auftretende Dritte nicht mehr Eigentümer ist. Der Erwerber bleibt aber auch bei Eviktion nicht ungeschützt, da er in diesem Fall den Vormann auf das Duplum klagen kann. Ähnlicherweise steht ihm ein Schutz zu, wenn er selbst aus dem Besitz der Sache fällt. In diesem Fall kann er gegen den neuen Besitzer als *fur nec manifestus* eine *actio furti* anstrengen; wenn aber die Sache durch Rechtsgeschäft in den Besitz des letzteren gelangte, so gegen denjenigen, der keinen Vormann mehr angeben kann.<sup>82</sup>

Dadurch wird zugleich deutlich, weshalb vor Einführung der Publiciana von der *mancipatio* nicht abgesehen werden konnte. Für den Erwerber der *res Mancipi* war nämlich der Abschluß des formgemäßen Geschäftes mit doppeltem Vorteil verbunden: einerseits ermöglichte ein solches Geschäft den Beweis, daß der Erwerber nicht durch *furtum* in den Besitz der Sache gelangte, andererseits begründete es für den Fall einer Eviktion die Haftung des Veräußerers.

Es genügt jedoch nicht, die Ersitzungszeit allein vom Aspekt der Interessen der erwerbenden Partei zu betrachten. Die Usukapion kann nämlich gerade dadurch, daß sie den Erwerber zu einem sicheren Eigentum verhilft, das Recht eines Dritten — des wirklichen Eigentümers der Sache — beeinträchtigen. Da im altrömischen Recht die gestohlenen Sachen vom Erwerber — den Dieb ausgenommen — ersitzbar waren, konnte der Erwerber vor Ablauf der Ersitzungszeit keine feste eigentumsrechtliche Position erlangen. Für den wirklichen Eigentümer ist die ein-bzw. zweijährige Zeitdauer unerläßlich, um die Sache vom Erwerber, der kein Dieb ist und die Sache ansonsten ersitzen könnte, zu vindizieren. Solange die *res furtivae* ersitzbar sind, kann also die Ersitzungszeit nicht verkürzt werden; sobald aber die *res furtivae* unersitzbar werden, wird der dingliche Schutz des Eigentümers vom Augenblick des Erwerbs an sofort möglich.

2. Wie vorangehend erwähnt, bringen einige Verfasser die Einführung der Publiciana mit dem Übergang vom Legisaktionen- zum Formularverfahren

<sup>80</sup> Vgl. Noailles, *Fas et ius* (Paris 1948) S. 242: „Je suis profondément convaincu que l'usucapion, *finis sollicitudinis ac periculi litium*, a de tous temps confirmé la propriété, même régulièrement acquise... Tout propriétaire, quel que soit son titre, toutes les fois qu'il lui faut apporter la preuve de sa propriété, invoquera le délai de deux ans“.

<sup>81</sup> S. Kaser, RPR I<sup>2</sup> (1971) S. 129ff.; Das römische Zivilprozessrecht (1966) S. 72ff., mit weiterer Literatur.

<sup>82</sup> S. Kaser, RZPR S. 66ff., ferner v. Lübtow, *Hand wahre Hand* (1955) S. 122ff.

ren in Zusammenhang.<sup>83</sup> Nach der Hypothese von Kaser wurde der Rechtsstreit in der früheren *legis actio sacramento in rem*, in der beide Parteien zu vindizieren hatten, durch den Richter je nachdem entschieden, welche Partei „besseres Recht“ auf die Sache hatte. Im Formularverfahren dagegen habe der Kläger gegenüber dem bestreitenden Beklagten sein „absolutes“ Recht beweisen müssen, was seine Lage im Vergleich zur früheren erschwert hätte, und es sei gerade die Aufgabe der *Publiciana* gewesen, den verlorenen relativen Schutz zu ersetzen.

Da es sich hierbei um eine Hypothese, um die Vorstellung einer quellenmäßig nicht nachweisbaren Entwicklungslinie handelt, erscheint es unnötig, auf Einzelheiten einzuhegen. Es sei nur bemerkt, daß der Theorie des „relativen Eigentums“ eine willkürliche Auslegung der alten Vindikationsspruchformel zugrundeliegt. Die Doppelvindikation und in Verbindung damit das Ablegen des *sacramentum* war nämlich m.E. bloß zur Begründung des Prozesses — gemäß der altherkömmlichen Rechtsauffassung — notwendig. Hinsichtlich des Eigentumsbeweises bestand zwischen dem Legisaktionen- und dem Formularverfahren kein wesentlicher Unterschied. In beiden Verfahren hatte der Kläger seinen Eigentumserwerb, also die Usukapion, zu beweisen. Der Beklagte konnte in beiden Verfahren dem Eigentum des Klägers sein eigenes entgegenhalten, d.h. sich auf seine Ersitzung berufen. Der Unterschied zeigt sich lediglich darin, daß dies im Legisaktionenprozeß durch Kontravindikation erfolgt, im Formularprozeß dagegen durch *exceptio iusti dominii*. Es wird *apud iudicem* entschieden, die Usukapion welcher Partei später vollendet wurde, wer also von ihnen als wirklicher Eigentümer anzusehen ist. Das Eigentum im altrömischen Recht ist folglich ein absolutes Recht, die Vindikation aber, wie auch die *Publiciana*, eine *actio in rem*.

Die Einführung der *Publiciana* kann mithin ihren Grund nicht im Übergang zum Formularverfahren haben und bei der Einführung des Schutzes des Ersitzungsbesitzers wurde eine Veränderung der Verfahrensart auch nicht in Erwägung gezogen.

3. Die wahren Gründe sind in den Umwandlungen im Bereich des materiellen Rechtes zu suchen. Wie erwähnt, ist die gestohlene Sache im alten Recht ersitzbar gewesen, deshalb konnte man in dieser Periode in der Person des Ersitzers noch nicht den wahrscheinlichen Eigentümer sehen, woraus sich ergibt, daß für den Besitzerwerber vor Ablauf der Ersitzungszeit kein dinglicher Schutz gewährt werden konnte. Von Grund auf verändert sich die Lage mit der Einführung der Unersitzbarkeit der *res furtivae*. Mit wenigen Ausnahmen kann nunmehr nur derjenige eine Sache ersitzen, der sie tatsächlich vom Eigentümer erworben hat, der also bereits vom Besitzerwerb an als wahrscheinlicher Eigentümer anzusehen ist, und für ihn somit der sachenrechtliche Schutz „bevorschußt“ werden kann.

Da aber das Verbot der Ersitzung von gestohlenen Sachen in der *lex Atinia* ausgesprochen wurde, müssen wir auch den Grund für die Einführung der *Publiciana* in diesem Gesetz erblicken. *Publicius* hat eigentlich in seinem Edikt nichts anderes getan, als die für ihn völlig plausiblen Konsequenzen des Verbotes gezogen. Verlegen wir den Zeitpunkt der Schaffung der *lex Atinia* in Übereinstimmung mit der allgemeinen Auffassung auf das Ende des 3.

<sup>83</sup> Kaser, EB S. 298ff.; Wubbe, Quelques remarques, RIDA 8 (1961) S. 438ff.; das nimmt zumindest in bezug auf die Hypothese des Erwerbs vom Nichteigentümer auch *Apathy* an, s. St. Sanfilippo I (1982) S. 34.



Jahrhunderts oder auf den Anfang des 2. Jahrhunderts, so scheint die Annahme begründet zu sein — und zwar gerade wegen der Evidenz der engen Beziehung zwischen den beiden Regelungen —, daß der *lex Atinia* in Kürze die Verordnung von Publicius folgte. Da aber deren Klageformel die Nachbildung der Vindikationsformel ist, setzt sie auch das Vorhandensein der *lex Aebutia* voraus. Es ist also nicht völlig unbegründet anzunehmen, daß zwischen der Verabscheidung der *lex Atinia* und der *lex Aebutia* keine so lange Zeit verstrichen ist, wie man dies allgemein glaubt.

4. In Zusammenfassung des Gesagten läßt sich feststellen, daß das ursprüngliche Motiv der Einführung der *Publiciana* nicht im Schutz der formlos Erwerbenden bestehen konnte. Die Weglassung der für die Übertragung vorgeschriebenen Form war nicht Grund, sondern Folge des publizianischen Schutzes. Doch konnte das rechtspolitische Ziel des Ediktes auch nicht im Schutz des Erwerbers *a non domino* liegen, da das Verbot der *lex Atinia* die vom Nichteigentümer erworbene Sache, mit wenigen Ausnahmen, unersitzbar machte. Daraus folgt aber, daß die *Publiciana* letztlich für die wirklichen Eigentümer, oder — angesichts der Tatsache, daß die zur Ersitzung nicht berechtigten Nichteigentümer von den ersteren *prima facie* nicht zu unterscheiden sind — aus praktischen Gründen für die „wahrscheinlichen Eigentümer“, bestimmt war. Gerade diese grundlegende Funktion der Klage betont m.E. auch Neratius im Schlußfragment des Digestentitels 6.2: „*Publiciana actio non ideo comparata est, ut res a domino auferatur ... sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est potius rem habeat*“.



## Formen und Methoden der Rechtserziehung im archaischen Rom bis zum Zeitalter der drei fundatores

Die Rechtserziehung als eine spezifische Art der menschlichen Tätigkeit ist, wie auch jedes andere Erziehungssystem, ein Teil jener gegebenen Erziehungsgesamtheit, deren Prinzipien und Grundgedanken in die einzelnen Teile dieser Gesamtheit transformiert werden, also auch in den Bereich der Rechtserziehung. Auch in Rom der ältesten Zeiten war es nicht anders. Heute stellen wir uns aber unter dem Begriff „Rechtserziehung“ oder „Rechtsunterricht“ einen viel komplizierteren Komplex von Problemen vor, als im alten Rom. Die moderne Auffassung des Unterrichtes (eine feste Organisationsstruktur, Inhalt, Formen, Ziele der Unterweisung u.a., die uns selbstverständlich erscheinen), können wir nicht mechanisch auf die römische historische Epoche verwenden. Es gibt so viele Verschiedenheiten, dass wir uns weigern, moderne Phraseologismen im Zusammenhang mit dem ältesten Bildungssystem zu benutzen. Deswegen scheint mir der oft vorkommene Begriff „Rechtsunterricht“ — wenigstens für die älteste römische Zeit — unpassend. Anstatt dessen bietet sich uns eine ganze Reihe von zutreffenden Terminen (Rechtsunterweisung, Rechtskenntnis, Rechtskunde, Rechtserziehung, Rechtserlernung, Rechtsauskunft, Rechtsbelehrung, Rechtsausbildung, usw.) an. Ich habe mich für den Ausdruck „Rechtserziehung“ (abgeleitet vom breitesten pädagogischen Begriff *Erziehung*), welcher mir in Bezug auf archaische römische Verhältnisse geeigneter erscheint als der Begriff „Rechtsunterricht“, entschieden.<sup>1</sup>

Wie mir bekannt ist, erschienen in der Literatur über Rechtserziehung in Rom vier Beiträge. H. HÜBNER machte den Versuch einer Analyse des Rechtsunterrichts seit der Republik bis zu Justinian,<sup>2</sup> M. KURYLOWICZ schrieb einen informativen Artikel über Rechtsunterricht von der Zeit des T. CORUNCANIUS bis zur justinianischen Erziehungsreform,<sup>3</sup> J. KODREBSKI publizierte einen Beitrag über Rechtsunterricht vom Ende der

<sup>1</sup> Von der neuesten Literatur verwendet allein H. HÜBNER, den Ausdruck „Rechtsunterricht“ nicht. Vgl. H. HÜBNER, Die römische Juristenausbildung. Politische und soziologische Zusammenhänge. Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, hrsg. von E. Seidl, Berlin 1966, S. 551–566.

<sup>2</sup> H. HÜBNER, a.a.O., S. 551–566.

<sup>3</sup> M. KURYLOWICZ, Nauczanie prawa w starożytnym Rzymie (= Rechtsunterricht in altem Rom), Filomata, red. Z. Gansiniec, Kraków 1975, Nr. 286, S. 316–321.

Republik und anfangs des Prinzipats,<sup>4</sup> schliesslich richtet D. LIEBS sein Augenmerk in einer Grösseren Studie auf die Zeit des Prinzipats.<sup>5</sup> Aus der vorliegenden Übersicht geht eindeutig hervor, dass sich die neueste romanistische Literatur vor allem auf die Zeit des klassischen, nachklassischen und justinianischen Rechts orientiert hat, wobei man dem Zeitabschnitt, dem F. SCHULZ die archaische Periode benannt hat,<sup>6</sup> weniger Aufmerksamkeit schenkte. Und das ist gleichzeitig auch der Hauptgrund dafür, dass ich mich entschlossen habe, diesen Beitrag zu schreiben.

## I. Von A. C. CAECUS bis diejenigen QUI FUNDARE IUS CIVILI.

1. Es ist nicht einfach sicherzustellen, wie und wann in Rom die Rechtsbildung begonnen ist.<sup>7</sup> Juristische und nicht juristische Quellen sind in dieser Hinsicht sehr spärlich und lassen uns in grosser Unsicherheit. Über die älteste Geschichte Roms haben wir wenig genaue und verlässliche Nachrichten; es sind dies meistens Legenden, denen man nicht vollkommen Glauben schenken kann. Doch eines wissen wir genau, nämlich, dass die Erziehung anfangs keine öffentliche Angelegenheit war, denn sie beschränkte sich lediglich auf den Familienkreis. Die Eltern waren die ersten und lange Zeit die einzigen „Lehrer“ ihrer Kinder („Schüler“). Durch viele Jahrhunderte zeigte der römische Staat kein Interesse für die Erziehungskontrolle der jungen Leute und ihre „Bildung“ überliess er vollkommen der Willkür privater Personen.

2. Als erste Orientierung im Bereich der Rechtslehre spielte vor allem der Vater eine bedeutende Rolle. Er widmete sich der geistigen und physischen Entwicklung seines Sohnes. Diese Bildung war anfangs allerdings nur rein empirisch,<sup>8</sup> und war auf die Verwaltung der Hauswirtschaft (Feldarbeiten) gerichtet und mit Nachdruck auf die physische Gewandtheit

<sup>4</sup> J. KODREBSKI, Der Rechtsunterricht am Ausgang der Republik und zu Beginn des Prinzipats, ANRW II, 15, hrsg. von H. Temporini und W. Haase, Berlin—New York 1976, S. 177—196; DERSELBE, Sabinianie i Prokulianie. Szkoly prawa w Rzymie wczesnego Cesarstwa (= Sabinianer und Proculianer. Die Rechtsschulen im Rom der frühen Kaiserzeit), Łódź 1974, 359 S., rés., bibl.

<sup>5</sup> D. LIEBS, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, ANRW II, 15, Berlin—New York 1976, S. 197—286.

<sup>6</sup> Diese erste und älteste Periode, von F. SCHULZ „Periode des Anfangs“ oder „archaische Periode“ genannt, beginnt mit den XII Tafeln und endet mit dem zweiten punischen Krieg, d.h. ungefähr i.J. 201 v.u.Z. Vgl. F. SCHULZ, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, S. 6f.

<sup>7</sup> Gewiss wurde mit der Rechtserziehung in den ältesten Zeiten nicht begonnen. E. PÓLAY führt an, dass für das älteste römische Recht von der Entstehung der zwölf Tafeln bis zum ersten punischen Krieg die charakteristische Tätigkeit für die römischen Juristen mit den Begriffen „interpretatio“, „cavere“, „agere“ und „respondere“ bezeichnet war, worüber Berichte bei POMPONIUS D. 1,2,2,6 und CICERO De orat. 1, 212; Pro Murena 19; De leg. 1,14 vorliegen. Erst unter Prinzipat tritt als selbständige Tätigkeit auch „docere-instituere“ hervor. Vgl. E. PÓLAY, Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen, Acta Univ. Szegediensis, Acta Jur. et Pol., T. 26, Fasc. 6, Szeged 1979, S. 7f., 103 ff. In einer anderen Schrift behauptet er aber, dass sich mit dem Rechtsunterricht z.B. BRUTUS befasste, und das ist die archaische Periode. Vgl. E. PÓLAY, Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im republikanischen Rom. Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum. Eine Aufsatzsammlung, hrsg. von M. N. Andreew, J. Irmscher, E. Pólay und W. Warkallo, Berlin 1968, S.

<sup>8</sup> J. KODREBSKI, a.a.O., S. 184.

(Schwimmen, Reiten, Kampf mit der Waffe) und theoretischen Bewandtnis (Lesen, Schreiben, Rechnen sowie auch die Kenntnis einiger Gesetze).<sup>9</sup> Auch wenn diese Bildung anfangs als primitiv zu bezeichnen ist und nicht jeder Vater seine Söhne zu „unterrichten“ vermochte so bekamen auch schon in diesem Erziehungssystem die jungen Römer gewisse Kenntnisse über Recht und Rechtsvorschriften. GELLIUS informiert uns darüber, dass der römische Jüngling in Begleitung seines Vaters am Forum oder in der Volksversammlung mit der römischen Rechtsordnung in Berührung kam,<sup>10</sup> und CICERO macht darauf aufmerksam, dass bereits in ihren Jugend die Jungen ganz selbstverständlich den Text der Zwölf Tafeln gelernt haben.

Cicero, *De legibus* 2,23,59: *discebamur enim pueri XII, ut carmen necessarium, quas iam nemo discit.*<sup>11</sup>

Solche Bildungsformen könnten wir als Grund- oder Elementarformen bezeichnen, die jedoch mit der Rechtsbildung im wahren Sinne des Wortes nichts, resp. nur sehr wenig gemeinsam hatten. Insofern nämlich die Erziehung in Rom die engen Grenzen der Familie nicht überschritten hat, ist es nicht möglich, meine ich, sie als eine höhere Form der Bildung zu qualifizieren.

3. Die ersten Rechtskenner in Rom (*IURIS PERITI*) — und auch die ersten juristischen „Erzieher“ — in der zu behandelnden Epoche waren die Mitglieder des Pontifikalkollegiums (*COLLEGIUM PONTIFICUM*). Sie gruppierten sich aus Patriziern und besaßen das Monopol zur Rechtsauslegung und Rechtsanwendung in der Praxis.<sup>12</sup> Ihre Stellung und Aufgabe wuchs besonders nach den XII Tafeln und das auch dessen ungeachtet, dass — nach römischer Tradition — dieses Gesetz öffentlich auf dem *FORUM* ausgestellt war.

Schon während der Königszeit und dann auch später in der Frührepublik gewann das *COLLEGIUM PONTIFICUM* auf dem Gebiet der Rechtsschöpfung grosse Autorität; jeder römische Bürger war gezwungen, ihren Rechtsrat und ihre Hilfe aufzusuchen. Sie sorgten für Orientierung bei der Wahl einer *ACTIO*, halfen bei der Wahl des Tages, an dem die Bürger ihre Klage eingeben konnten (*DIES FASTI*), sowie auch bei der Selektion einer geeigneten Formel für das Rechtsgeschäft.<sup>13</sup> Nur sehr langsam ging der Sekularisationsprozess der pontifikalischen Rechtswissenschaft, der bereits im Laufe des dritten Jahrhunderts v.u.Z. begann, voran.<sup>14</sup> Und gerade dieser Prozess wurde zum bedeutenden Faktor in der Geschichte der Rechtserziehung der archaischen Periode, denn nur die weltliche Jurisprudenz konnte in weit breiterem Masse als die pontifikale aristokratische Jurisprudenz den Interessenten für das Recht die praktische und theoretische Grundlagen der Rechtsbildung geben.

4. In der langen Reihe bedeutender weltlicher römischer Juristen steht traditionsgemäss „ein scharfsinniger und rechtskundiger Mann“ — *APPIUS CLAUDIUS CAECUS*,<sup>15</sup> mit dessen Namen angeblüh auch die Veröffentli-

<sup>9</sup> J. MARQUARDT, *Das Privatleben der Römer* I, Leipzig 1886<sup>2</sup>, S. 91f.

<sup>10</sup> Aulus Gellius, *Noctes Atticae* 1,2,3—4.

<sup>11</sup> Ähnlich auch Cicero, *De legibus* 2,4,9.

<sup>12</sup> Pomp. D. 1,2,2,6.

<sup>13</sup> L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S. 476.

<sup>14</sup> F. SCHULZ, a.a.O., S. 11.

<sup>15</sup> Livius, *Ab urbe condita* 10,22,7; Pomp. D. 1,2,2,36; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz—Wien—Köln 1967<sup>2</sup>, S. 6.

chung des Buches *DE USURPATIONIBUS* zu verbinden ist.<sup>16</sup> Über die Persönlichkeit des *APPIUS CLAUDIUS* gibt es viele Unklarheiten, eines aber ist als sicher zu betrachten — er war kein Mitglied des *COLLEGIUM PONTIFICUM*. Sein Schreiber *CN. FLAVIUS* veröffentlichte eine Sammlung, die einen pontifikalischen Kalender der Feiertage und Klagformeln enthält,<sup>17</sup> die später *POMPONIUS* als *IUS CIVILE FLAVIANUM* benannt hat.<sup>18</sup> Eine ganze Reihe renommierter Romanisten bezeichnet diese Tat des *FLAVIUS* als Ende der Pontifikalregierung in der Rechtswissenschaft und zugleich auch als Ende der geheimnisvollen Tätigkeit des Pontifikalkollegium mit dem Kalender und Klagformeln.<sup>19</sup>

Der Säkularisationsprozess nahm seinen Fortgang. In diesem Zusammenhang wird am meisten *TIBERIUS CORUNCANIUS* erwähnt, der als erster plebejischer *PONTIFEX MAXIMUS* auch als erster öffentliche Vorträge hielt, resp. öffentlich Responsen in Zivilsachen erteilte.<sup>20</sup> Weitere bedeutende Juristen dieser Zeit, die die ersten Anfänge der Rechtswissenschaft und dadurch auch den Gedankengrund für eine Rechtserziehung legten, waren nach *POMPONIUS* die weltlichen Rechtsgelehrten *SEXTUS AELIUS PAETUS CATUS*, sein Bruder *PUBLIUS* und schliesslich *MARCUS CATO*.<sup>21</sup> In dieser Verbindung tritt besonders für die spätere Rechtserziehung eine wichtige Schrift des angeführten *SEXTUS AELIUS* sog. *TRIPERTITA* auf, die den Text der XII Tafeln mit Kommentar, die Interpretation dieses Gesetzes und die Prozessformeln enthielt.<sup>22</sup>

Eine besondere Bedeutung für die Entfaltung juristischen Denkens hatten schliesslich drei Rechtsgelehrte, die man als letzte Repräsentanten der archaischen Zeit bezeichnen kann. Dies waren aus der Hälfte des 3. Jh.v.u.Z. jene drei Juristen, über welche *POMPONIUS* erklärte, dass sie den Grundstein des Zivilrechts gelegt haben (*QUI FUNDAVERUNT IUS CIVILE*): *PUBLIUS MUCIUS SCAEVOLA* (cos. 133), *M. JUNIUS BRUTUS* und *MANIUS MANILIUS*.<sup>23</sup> Ihre Tätigkeit ruhte in der praktischen Orientierung der täglichen Rechtsprobleme, andererseits macht sich bei ihnen aber schon das Bestreben nach wissenschaftlichen Bearbeitung der Rechtsmaterie bemerkbar. *CICERO* drückte sich über *MANILIUS* z.B. aus, dass er bereitwillig seinen Mitbürgern geholfen hat, dass er auf ihre Fragen aus dem Bereich des Zivilrechts geantwortet hat und auch bei anderen Handlungen (bei Feldarbeiten, bei dem Kauf eines Grundstücks u.a.) helfen konnte.

*Cicero, De oratore* 3,33: *M. vero Manilium nos etiam vidimus transverso ambulante foro. Quod erat insigne, eum, qui id faceret, facere civibus suis omnibus consilii sui copiam. Ad quos olim et ita ambulantes et in solio sedentes domi sic adibatur, non solum ut de iure civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur.*

<sup>16</sup> Pomp. D. 1,2,2,36. Siehe Zweifel bei F. SCHULZ, a.a.O., S. 12.

<sup>17</sup> Vgl. *Cicero, Ad Att.* 6,1,8; *Pro Murena* 11,25; *Livius* 9,46,5; *Plinius, Hist. nat.* 33,17.

<sup>18</sup> Pomp. D. 1,2,2,7.

<sup>19</sup> Das Geheimnis der Arbeit der Pontifikaljurisprudenz ist nach F. SCHULZ sehr bestritten. Siehe F. SCHULZ, a.a.O., S. 12 und die dort angeführten Argumente sowie auch weitere Lit. in Anm. 6.

... *primus profiteri coepit* ... sagt *POMPONIUS* im D. 1,2,2,38.

<sup>20</sup> Umstritten nach F. SCHULZ, a.a.O., S. 13.

<sup>21</sup> Pomp. D. 1,2,2,7; D. 1,2,2,38; W. KUNKEL, a.a.O., S. 8f. Der erste war Konsul i.J. 198, der zweite i.J. 201 v.u.Z.

<sup>22</sup> Vgl. E. PÓLAY, *Zur Geschichte*, S. 154.

<sup>23</sup> Pomp. D. 1,2,2,39; dazu W. KUNKEL, a.a.O., S. 10ff.

Für die Entfaltung der juristischen Bildung war nicht nur die öffentliche praktische Tätigkeit dieser drei Juristen, die vorwiegend auf der Beantwortung der Fragen der Bürger und Beamten (RESPONDERE) beruhte, sondern auch die literarische Tätigkeit wichtig. So hat PUBLIUS MUCIUS zehn Bücher geschrieben, BRUTUS sieben und MANILIUS drei (einige Bände des MANILIUS, genannt MONUMENTA, blieben erhalten).<sup>24</sup>

Die drei FUNDATORES hatten auch eine nahe Beziehung zur Pflege der Rechtserziehung junger Leute, die für die Rechtswissenschaft näheres Interesse zeigten. So ist über BRUTUS bekannt, dass er eine Sammlung von responsen zu IUS CIVILE herausgegeben hat<sup>25</sup> und dass dieses Werk als Lehrbuch für das Rechtsstudium noch in der Zeit des CICERO verwendet wurde.<sup>26</sup> In Bezug auf die innere Form dieser Schrift deduzierte E. PÓLAY den begreiflichen Schluss, dass sich nämlich BRUTUS selbst mit dem Rechtsunterricht beschäftigt hat.<sup>27</sup> PUBLIUS MUCIUS SCAEVOLA widmete sich ähnlich der Rechtserziehung und wir wissen auch, dass er seinen Sohn QUINTUS unterrichtet hat.<sup>28</sup> POMPONIUS führt sogar direkt die Namen der Schüler der drei FUNDATORES an (PUBLIUS RUTILIUS RUFUS, PAULUS VERGINIUS und QUINTUS TUBERO).<sup>29</sup>

Erst viele Jahre später, besonders unter dem sich erneuernden hellenistischen Einfluss, machte die römische Jurisprudenz einen entscheidenden Schritt der Rechtserziehung durch das Auftreten des Rechtsgelehrten QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (PONTIFEX), des Sohnes von PUBLIUS MUCIUS (cos.133), welcher als erster das römische Zivilrecht systematisch geordnet hat.<sup>30</sup> Q.M.SCAEVOLA PONTIFEX gehört schon ausschliesslich der nachfolgenden Epoche an und darum wollen wir seine Aktivität hier nicht beurteilen.

## II. FORMEN UND METHODEN DER JURISTISCHEN BILDUNG

1. Auch über die Formen und Methoden der Rechtsbildung in der archaischen Periode wissen wir nicht viel. Insofern die Jurisprudenz eine Angelegenheit der Pontifices war, spielte sich auch die Rechtserziehung ausschliesslich im Kreise des Priesterkollegiums ab. Als sich dann die Rechtswissenschaft allmählich sekularisierte, fand die Rechtsbildung der jungen Leute, die nach Rechtserkenntnissen strebten, öffentlich (am FORUM) und privat (im Familienkreis) statt. Dieser Dualismus reichte bis zur Kaiserzeit

<sup>24</sup> Pomp. D. 1,2,2,38—39.

<sup>25</sup> Cicero, De oratore 2,223—224.

<sup>26</sup> Cicero, Pro Cluentio 51,141.

<sup>27</sup> Vgl. E. PÓLAY, Zur Geschichte, S.168.

<sup>28</sup> Cicero, De legibus 2,47. Hier ist unter PUBLIUS der Sohn von QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (Vater) gemeint.

<sup>29</sup> E. PÓLAY, Zur Geschichte, S. 169 (hier ein unrichtig angeführtes Zitat in der 16. Zeile von unten: anstatt D. 21,2,40 ist richtig D. 1,2,2,40); F. WIEACKER, Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts. Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich v. Lübtow, Berlin 1970, S. 198 (hier ist auch ein ähnlicher Fehlerdruck in der 8. Zeile von unten: anstatt Pomp. § 41 richtig Pomp. § 40).

<sup>30</sup> Pomp. D. 1,2,2,41. Aus der weitverbreiteten Literatur über SCAEVOLA aus den letzten Schriften vgl. besonders O. BEHREND, Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex. Nachrichten d. Akad. d. Wiss. in Göttingen, Philolog.-hist. Kl., Jg. 1976, Nr. 7. Göttingen 1976, S. 265—304.

und uns ist es nicht möglich, heute die Erziehungsmethodik der römischen Juristen verlässlich zu erforschen. Über die Rekonstruktion der Quellen von ungleicher Glaubwürdigkeit können wir uns von den Grundformen und Grundmethoden der Rechtsbildung der archaischen Zeit wenigstens folgendes Bild gestalten:

Wie schon gesagt, verlief die Erziehung in Rom parallel privat (anfangs die ausschliessliche Form) und öffentlich, und diese Tatsache hat, meiner Ansicht nach, durchgreifend auch die Erziehungsmethoden beeinflusst. Die öffentliche Tätigkeit der Juristen war überhaupt nicht auf die Rechtserziehung gerichtet,<sup>31</sup> sie war nur eine gelegentliche, sekundäre Erscheinung,<sup>32</sup> und umgekehrt, die private Tätigkeit hatte vor allem eine Erziehungsfunktion. Der Pädagogizismus war trotzdem keine starke Seite der römischen Juristen und auch noch zur Zeit des CICERO hiess es, dass „für einen Menschen in gewisser Stellung der Unterricht keine ehrwürdige Tätigkeit sei“.<sup>33</sup> Und vielleicht auch aus diesem Grunde, sowie auch darum, dass der römische Staat noch kein Interesse an der Erziehungslenkung zeigte, verlief diese meist im Hause des „Lehrers“, eventuell im Hause des „Schülers“. Infolgedessen waren die Ansprüche auf Methodik und Systematik der Hausbildung nicht hoch, bzw. gab es fast gar keine. Wir besitzen eine ganze Reihe von Beispielen darüber, dass auch noch in der entwickelten Republik die Kinder ihre Bildung zu Hause erhielten,<sup>34</sup> oder dass das juristische „Gewerbe“ von Generation auf Generation überging, was auch wieder beweist, dass die jungen Römer ihre Bildung im Hause ihrer Vorfahren erhielten.<sup>35</sup> Zum Beispiel sind FAMILIA MUCII SCAEVOLA (P.M. SCAEVOLA, P. LICINIUS CRASSUS MUCIANUS, Q.M. SCAEVOLA AUGUR, Q.M. SCAEVOLA PONTIFEX),<sup>36</sup> oder FAMILIA LICINII CRASSI (P. LICINIUS CRASSUS MUCIANUS, L. LICINIUS CRASSUS)<sup>37</sup> der beste Beweis dafür, dass im republikanischen Rom die Rechtsbildung traditionsgemäss von einer Generation zur anderen überging.

2. Obwohl unsere Kenntnisse über Formen und Methoden der ältesten Zeit nicht vollständig sind, informiert uns der Hochklassiker POMPONIUS an einer Stelle der Digesten (1, 2, 2, 43) darüber, und zwar in Verbindung mit einem Fall, wo angeblich der Redner SERVIUS SULPICIUS RUFUS sich an QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA um einen Rat gewendet hat. Da aber SERVIUS der Rechtsrat sogar zweimal nicht begriffen hatte, wurde er von

<sup>31</sup> CICERO schrieb, dass er selbst bei QUINTUS SCAEVOLA Zivilrecht studiert hat. Dieser unterrichtete zwar kein Recht, doch indem er seinen Klienten juristische Ratschläge erteilte, lernte er diejenigen, die auf seine Worte begierig waren. Das gilt selbstverständlich auch für die Zeit unmittelbar vor CICERO. Vgl. Cicero, Brutus 89,306.

<sup>32</sup> O. KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte I, Leipzig 1885, S. 489.

<sup>33</sup> Cicero, Orator 42,144.

<sup>34</sup> Vgl. Cicero, De officiis 2,13,47: LUCIUS CRASSUS lernte zu Hause, der junge PUBLIUS RUTILIUS studierte im Hause des PUBLIUS MUCIUS (2,13). Ähnlich auch Cicero, Brutus 58,210; 59,213.

<sup>35</sup> Mit Recht können wir annehmen, dass ähnliche Situationen schon in der ältesten Zeit aufgetreten sind und wir können deshalb logisch voraussetzen, dass die Erziehung schon in Urzeiten im Hauskreis gepflegt wurde.

<sup>36</sup> Vgl. W. KUNKEL, a.a.O., Nr. 17,18,21,28; Aulus Gellius, Noctes Atticae 17,7,3; Cicero, De legibus 2,19,47; A. SCHNEIDER, Die drei Scaevola Cicero's, München 1879, S. 4f.

<sup>37</sup> Vgl. W. KUNKEL, a.a.O., I, Nr. 18,29.



SCAEVOLA gescholten. Das war allerdings SERVIUS nicht angenehm und um das Versäumte nachzuholen, begann er mit dem Studium des Zivilrechts. Und POMPONIUS beendet die Beschreibung der angeführten Stelle.

Pomponius D.1,2,2,43: Ea velut contumelia Servius tactus operam dedit iuri civili et plurimum eos, de quibus locuti sumus, audit, *institutus* a Balbo Lucilio, *instructus* autem maxime a Gallo Aquilio, qui fuit Cercinae.

Die juristische Romanistik leitet aus den angeführten Worten des POMPONIUS diese Methoden der Rechtsbildung ab: AUDITORE, INSTITUERE, INSTRUERE, denn SERVIUS hörte bedeutende Juristen (AUDIIT), bekam eine bestimmte Grundbildung von BALBUS LUCILIUS (INSTITUTUS) und endlich lernte er das meiste bei GALLUS AQUILIUS (INSTRUCTUS).

Zur Terminologie dieser drei Ausdrücke nahmen mehrere Romanisten Stellung. Die mindesten Zweifel erregte der Begriff AUDIRE, welcher im allgemeinen die einfachste Methode der Rechtserziehung darstelle. A. F. RUDORFF stellte sich darunter eine Tätigkeit, die einem selbständigen Lernen durch Zuhören juristischer responsen entspricht, wobei bis zum Auftreten des TI. CORUNCANIUS sich die Juristen nur mit denen beschäftigen, welche sie um Rat angingen, ohne dass sie gewillt waren, jene zu unterrichten, die Interesse für das Rechtsstudium zeigten.<sup>38</sup> Nach F.P. BREMER war AUDIRE eine „Belehrung, welche das Zuhören bei Erteilung von rechtlichem Rat gewährt“,<sup>39</sup> ähnlich bezog sich nach O. KARLOWA AUDIRE auf die kazuistische Rechtsunterweisung, welche gelegentlich bei Responsen verwirklicht wurde.<sup>40</sup> M. VOIGT sieht in AUDIRE eine gewisse Absicht, denn darin ist ein praktischer Kurs, der auf dem Zuhören der gegebenen Antworten und Gerichtsreden seines Patrons beruht, zu verstehen.<sup>41</sup> Für K. SALKOWSKI und P. KRÜGER bedeutet AUDIRE die Anwesenheit als Hörer bei Konsultationen.<sup>42</sup> Auch L. WENGER war der Ansicht, dass AUDIRE das Zuhören von Worten eines praktischen Juristen bedeutet, wobei diese Unterrichtsart vom Lehrer wenig, vom Schüler wieder sehr viel forderte, und er meint, dass es Juristen gab, die sich direkt dem Belehren widmeten und sich nicht damit begnügten dass ihnen jemand bloss zuhöre.<sup>43</sup> In Eintracht mit den bisherigen Ansichten stimmte letztthin auch H. HÜBNER überein (AUDIRE is Zuhören).<sup>44</sup>

Was den Ausdruck INSTITUERE betrifft, stellen A.F. RUDORFF und F.P. BREMER übereinstimmend fest, dass es sich um einen systematischen Unterricht handelte, wobei H. DERNBURG hinzufügt, dass dieser systematischer Unterricht eine Einführung in das Rechtsstudium bedeutete.<sup>45</sup> Eine andere Autorengruppe versteht unter INSTITUERE einen theoretischen Vor-

<sup>38</sup> Vgl. A. F. RUDORFF, Römische Rechtsgeschichte I, Leipzig 1857, S. 309.

<sup>39</sup> F. P. BREMER, Die Rechtslehrer und Rechtsschulen in der römischen Kaiserzeit. Berlin 1868, S. 8.

<sup>40</sup> O. KARLOWA, a.a.O., S. 489.

<sup>41</sup> M. Voigt, Römische Rechtsgeschichte I, Leipzig 1892, S. 223.

<sup>42</sup> K. SALKOWSKI, Institutionen. Grundzüge des Systems und der Geschichte des Römischen Privatrechts für den akademischen Gebrauch, Leipzig 1907<sup>9</sup>, S. 27; P. KRÜGER, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts, München—Leipzig 1912<sup>2</sup>, S. 56 wobei sich K. auf Cicero, Topica 14,56 beruft.

<sup>43</sup> L. WENGER, a.a.O., S. 611. W. führte aber nicht die Zeit an, in welcher diese Juristen begonnen haben als Lehrer zu wirken.

<sup>44</sup> H. HÜBNER, a.a.O., S. 553.

<sup>45</sup> A.F. RUDORFF, a.a.O., S. 309; F.P. BREMER, a.a.O., S. 8; H. DERNBURG, Die Institutionen des Gaius. Ein Collegienheft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt, Halle 1869, S. 10.

bereitungskurs, welcher im Gegensatz vom praktischen AUDIRE Grundelemente juristischer Kenntnisse vermittelte.<sup>46</sup> Aus diesem Kurs entwuchsen später vermutlich die Institutionen des GAIUS,<sup>47</sup> und darin kamen zur Geltung auch fingierte praktische Beispiele.<sup>48</sup>

Die Ansichten der Romanisten über die dritte der angeführten Methoden, über INSTRUERE, sind am uneinheitlichsten. Von den ältesten Ansichten verstehen A.F. RUDORFF und F.P. BREMER darunter eine weitere Unterstützung (Rudorff), oder eine aussergewöhnliche Unterstützung (Bremer) mittels Lehrbücher und anderen juristischen Materials (Rudorff), oder eine direkte Anleitung zur Prazis, oder eine Ausfertigung von Schriften (Bremer).<sup>49</sup> Nach O. KARLOWA ist unter INSTRUERE eine ins Einzelne verlaufende Unterweisung zu verstehen, die vor allem auf die juristische Praxis gerichtet ist.<sup>50</sup> P. KRÜGER drückt sich sehr unentschieden aus und weist darauf hin, dass es nicht sicher sei, ob sich INSTRUERE in Rom auf pragmatischen Unterricht oder auf eine Unterweisung, die der Verarbeitung IUS CIVILE oder IUS HONORARIUM bezog.<sup>51</sup> Negativ hat sich P. JÖRS geäußert. Er führt an, dass man aus dem Wort INSTRUERE auf keine allgemeine Form des Unterrichts schliessen kann.<sup>52</sup> Als letzte Ansicht wäre der Standpunkt L. WENGERS anzuführen, welcher unter INSTRUERE ein intensives INSTRUERE versteht, das sich auf dem Besitz des Lehrers als individuelle Unterstützung des Schülers abspielt.<sup>53</sup>

3. Nach alldem, was ich hier bisher über Methoden der juristischen Bildung anführte, scheint es am wahrscheinlichsten, dass AUDIERE in Rom älteste und in der archaischen Periode sicher auch die am meisten praktizierte Methode war. Im Vergleich mit den anderen Methoden scheint diese nämlich die einfachste und dem Stand der römischen Rechtswissenschaft dieser Periode die geeignetste zu sein. Deshalb können wir mit Recht voraussetzen, dass die Juristen nicht den geringsten Grund dazu hatten, den anderen zu verwehren, auf sie zu hören und mit ihnen zu diskutieren. CICERO führt an — und es scheint eine längst geläufige Praxis aus älteren Zeiten zu sein — dass jemandem, der Jura lernen wollte, es genügte, die Rechtsberater bei ihren Konsultationen anzuhören, wobei diese Fachleute nicht gezwungen waren, sich auf eine besondere Unterrichtszeit zu begrenzen. So haben sie zugleich Klienten und Schüler zufriedengestellt.<sup>54</sup>

<sup>46</sup> J.E. KUNTZE, *Cursus des römischen Rechts. Lehrbuch der Institutionen sowie der äusseren und inneren Rechtsgeschichte*, Leipzig 1879<sup>2</sup>, S. ; M. VOIGT, a.a.O., S. 223; K. SALKOWSKI, a.a.O., S. 27; P. KRÜGER, a.a.O., S. 56; W. KUNKEL, a.a.O., S. 337<sup>714</sup>.

<sup>47</sup> O. KARLOWA, a.a.O., S. 489. Dazu kritisch J.E. KUNTZE, a.a.O., S. 118.

<sup>48</sup> B. KÜBLER, s.v. Rechtsunterricht, RE, 1. Bd., Stuttgart 1920, Sp. 395.

<sup>49</sup> A.F. RUDORFF, a.a.O., S. 309; F.P. BREMER, a.a.O., S. 8.

<sup>50</sup> O. KARLOWA, a.a.O., S. 489—490 und K. führt auch an, was ein solcher Unterricht beinhaltete: bis zur Zeit des CICERO Einleitung in die Interpretation der XII Tafeln und Klarstellung der Legisaktionsformeln, in der Zeit des CICERO das Prätörische Editk.

<sup>51</sup> P. KRÜGER, a.a.O., S. 56.

<sup>52</sup> P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, Berlin 1888, S. 237.

<sup>53</sup> L. WENGER, a.a.O., S.

<sup>54</sup> Vgl. Cicero, *Brutus* 42,156. O. KARLOWA führt jedoch in diesem Zusammenhang an, dass man CICERO nicht wörtlich nehmen soll, denn er selbst führte über Q.M. SCAEVOLA an anderer Stelle an, dass er (CICERO) bei ihm Zivilrecht studierte, obwohl QUINTUS nicht unterrichtete. Vgl. O. KARLOWA, a.a.O., S. 489.

AUDIRE hatte empirischen und kazuistischen Charakter und eignete sich am besten als Bildungsmethode für die archaische Periode.<sup>55</sup> Andererseits kann man jedoch bei AUDIRE über Unterricht nur einseitig sprechen und zwar von Seiten der AUDIENDI STUDIOSI.<sup>56</sup> Der Unterricht erfordert nämlich eine zweiseitige Tätigkeit. Und hier treffen wir wieder auf das Problem, das am Anfang meines Beitrags erwähnt wurde: Rechtsunterricht oder Rechtserziehung?

<sup>55</sup> Die Rechtswissenschaft war erst im Keim, das alte Recht lehnte sich an Worte und nicht an logische Interpretation u.ä. Siehe dazu L. KUHLENBEK, Die Entwicklungsgeschichte des Römischen Rechts I, München 1910, S. 197ff.

<sup>56</sup> H.A.A. DANZ, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts I, Leipzig 1871, S. 108.

<sup>57</sup> H. DERNBURG, a.a.O., S. 510.



## Die wichtigeren sozialen, politischen und verfassungsrechtlichen Ansichten des jungen Bertalan Szemere

In einer Abhandlung, die in die Rahmen einer Festschrift eingeengt ist, den vorgeschriebenen Umfang wesentlich nicht übersteigen darf und deshalb in Ausdehnung sehr engbegrenzt ist, haben wir keine Möglichkeit, alle die — wenn auch nur von rechtsgeschichtlichen Gesichtspunkt aus bedeutenden — Ansichten des Innenministers des ersten unabhängigen verantwortlichen ungarischen Ministeriums (in 1848), bzw. des Präsidenten und Innenministers der zweiten (republikanischen) ungarischen Regierung (in 1849) — und besonders auch den Vorgang der Ausgestaltung von diesen — ausführlich vorführen zu können. Unter diesen Umständen können wir nichts mehr unternehmen als aufgrund seines Werkes, das über seine, ungefähr ein Jahr lang (vom Sommer 1836 bis zum Herbst 1837) dauernde westeuropäische Studienreise Bericht erstattet und das zu jener Zeit in diesem Land in einer sehr hohen Auflage in kurzer Zeit zweimal gedruckt war,<sup>1</sup> die für unser gewähltes Thema wichtigsten Jugendansichten des in der Gemeinde Vatta, im Komitat Borsod am 27. August 1812 geborenen Bertalan Szemere darzustellen.

In der Themenwahl war ich durch mehrere Umstände beeinflusst, von denen die wichtigsten die Folgenden sind: a) Ich wollte aus den Verfassern der für den 70. Geburtstag eines meiner seit drei und halb Jahrzehnten liebsten Kollegen, des Professors des römischen Rechts, Dr. Elemér Pólay zu schreibenden Festschrift keineswegs ausbleiben, obwohl mein Forschungsgebiet entschieden auf das Gebiet der Geschichte des Verfassungsrechts, Strafrechts und Strafverfahrens fällt. b) Bertalan Szemere war der Sohn, Dignitar und schließlich Zweitvizegespan (subvicecomes) des *Komitats Borsod* und in dieser Qualität Präsident des Strafrichterhofes des Komitats, sowie der Ablegat des Komitats zum Landtag, im Hauptort dessen Komitats, in Miskolc, unser Jubilar seine Mittelschulstudien und die Jurastudien an der Rechtsakademie absolvierte und schließlich in 1945—1949 an der Rechtsakademie als akademischer Lehrer fungierte. c) *Vor 140 Jahren erschien die zweite*, vom ersten Ausgabe an vielen Stellen auch meritorisch abweichende

<sup>1</sup> Szemere, Bertalan: *Utazás külföldön*. (Reise im Auslande.) Pest 1840. 1845.<sup>2</sup> Bde. 1—2. In den Folgenden gekürzt: *Reise* 1840., bzw. 1845. — Aus der 2. Aufl. des Werkes des Szemere erschien (Quasi als eine 3. Auflage) in 1983, in Budapest, auch eine Auswahl, wozu der Akademiker István Sötér eine sehr bündige Abhandlung hohen Niveaus, geschrieben hat, die — seinem Beruf entsprechend — literaturgeschichtlicher Anschauung ist (a. a. O. S. 467—480). — Die erste Auflage wurde in 2400 Exemplaren in neun Monaten verkauft. *Reise* 1845. Bd. 1. S. [7].

erweiterte Auflage des Werkes von Bertalan Szemere, die dem Verfasser nach aus dem Reisetagebuch ausgeschrieben war<sup>2</sup>, infolge der Milderung der Zensurvorschriften<sup>3</sup> aber eine *viel radikale* Auffassung spiegelte, als die erste Ausgabe. d) Es ist leider selbst heute noch nicht unbegründet, auf Antal Csengeris Feststellung hinzuweisen, wonach es „*ein besonderes Unglück von Szemere war, verkannt worden zu sein*“. Da in der öffentlichen Meinung, ja auch in einem Teil der Fachkreise, sich ein deformiertes Szemere-Bild ausbildete, sollen wir alles tun, was möglich, damit einer der Riesen der ungarischen Vergangenheit die ihm gebührende Stelle mindestens in der Wissenschaft unserer Rechtsgeschichte erhalten kann.<sup>4</sup> e) Die in deutscher Sprache publizierte Abhandlung mag in einem weiteren Kreise, auch für die Auslandsleser in der Beziehung lehrreich sein, wie Westeuropa — besonders die deutschen Staaten, Frankreich, Großbritannien — am Ende der 1830er Jahre von einem sich für eine politische Laufbahn vorbereitenden, dazumal noch gründlicher lernen wollenden, nicht mehr als 24 J. alten, absolvierten ungarischen Juristen beurteilt wurde.

## I.

Als Einleitung sei uns gestattet, um noch auch darauf berufen, daß Bertalan Szemere, der außer der ungarischen auch lateinische, altgriechische, englische, französische, italienische und deutsche Sprachkenntnisse hatte, die lange Reise nach einer gründlichen Vorbereitung aus Büchern begann.<sup>5</sup> Es stellte sich aus den einleitenden Zeilen seines „Reisetagebuches“ auch das heraus, welche Ziele ihn im Laufe seiner Studienreise anführten: „*Es soll überall untersucht werden, was dort ausgezeichnetste ist, alles in seiner Heimat und Erde.*“ Mit Rücksicht auf sein Leitprinzip, wollte Szemere in den deutschen Staaten besonders die Volksschulen, in Frankreich das öffentliche

<sup>2</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. [7].

<sup>3</sup> Vgl. Jókai, Mór: A sajtó és a cenzúra Magyarországon (Die Presse und die Zensur in Ungarn) [1866.]. Hátrahagyott művei. 4. k. Emlékeimből. (Nachgelassene Werke. Bd. 4. Aus meinen Erinnerungen.) Budapest 1912. S. 63.

<sup>4</sup> Csengeri, Antal: Magyar szónokok és státusférjak. (Politikai jellemrajzok.) (Ungarische Redner und Staatsmänner) (Politische Charakterschilderungen.), [Bertalan Szemere. S. 59—84] Pest 1851. S. 66.; Csengeri, Antal: Történeti tanulmányok és jellemrajzok (Geschichtliche Abhandlungen und Charakterschilderungen, Bertalan Szemere, Bd. 2. S. 175—289). Budapest 1884,<sup>2</sup> Bd. 2, S. 218. — Die letzte großartigere Lebensbeschreibung, die über Bertalan Szemere vor mehr als 70 Jahren, in 1912, in Kolozsvár, als das Ergebnis der Tätigkeit des Ernő Kiss erschien, wurde ausschließlich aufgrund in Druck publizierter Quellen geschrieben. — Es ist sehr bedauernd, daß an den Seiten 742—743 des zweiten Bandes des Ungarischen Biographischen Lexikon (Budapest 1982<sup>2</sup>) der Lebensweg des Szemere nicht einmal dem Umfang einer Spalte, einer halben Seite bekam (hie und da auch mit schweren, gelinde gesagt „Verschreibungen“ „bespickt“). Dies ist umso mehr betrüblich, da in den letzteren Jahrzehnten auch nicht wenige, sich auf archivarisches Quellen vorsorglich stützende Abhandlungen erschienen, unter ihnen auch unsere zwei Abhandlungen über die Nationalitäten-, bzw. Pressepolitik des ungarischen Innenministers in 1848 — mint französischen, bzw. deutschen Zusammenfassungen versehen in der Acta Univ. Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Jur. et Pol. Tomus V. (1958), Tom. XXVII (1980). Von der Aufzählung von diesen müssen wir aber in den — Rahmen dieser Abhandlung, aus Mangel an Stelle absehen. — Wir bemerken hier, daß die Betonungen mit Kursivschrift mit wenigen Ausnahmen von uns abstammen.

<sup>5</sup> Kiss, Ernő: Szemere Bertalan. Kolozsvár 1912. S. 11—2.

Leben, in Großbritannien die Gefängnisse und den Volkscharakter, in Helvetien die Natur studieren. Er hat aber auch nicht vergessen ins Auge zu fassen, daß er die Reise für sein Vaterland<sup>6</sup> und dafür unternommen hatte, weil ein Mensch, der außer seinem Vaterlande kein Land kennt, ähnlich einem Kinde ist, das in einem Zimmer eingeschlossen erzogen war. Er hat auch seine Überzeugung nicht verschwiegen, daß die Reise Vernunft gebe. Unsere existierenden Ideen werden reiner, gestalten sich und werden zu Ideen gehärtet und mit neueren vermehrt. Denn das Stoßen an neue Gegenstände ist ein Stahl für den Verstand. Unter den Menschen, die mit einem gleichen Vernunft gesegnet sind, ist der vernünftiger: „Erstens, derjenige, der mehr gedacht hat; zweitens, derjenige, der mehr gereist ist; drittens, derjenige, der mehr gelesen und viertens, derjenige, der mehr konversiert hatte.“<sup>7</sup>

Der junge Reisende betont oft seine hingebungsvolle Vaterlandsliebe und Ungartum. Er fühlt sein Leben nur als einen schwachen Strahl des Ungartums, „das zusammen damit glänzt und abstirbt“.<sup>8</sup> Er verbringt die Nacht des Sylvesters 1836 in dem von ihm bewunderten Paris, nicht mit einer fröhlichen Belustigung, sondern in seinem Unterkunftsraum, allein, mit Kontemplation. Er bekennt, dankend laut, daß zuhause, in Ungarn, er oft durch das Ausland beschäftigt wurde. Aber seitdem er die Grenze des Vaterlands übertrat, ist der immer von dessen Erinnerung gefolgt. Weiterher sieht er die heimatlichen Verhältnisse reiner. *Er betrachtet Ungarn so, „wie ein Tonstück in den Händen des Töpfers: es ist noch nichts, aber er kann zu allem gestaltet sein, es schließt die Möglichkeit aller Formen ein“*.<sup>9</sup> In London, am Abend eines Sonntags sich in der großen Menge der Spazierenden verlierend, erfüllt das reine Gefühl der Liebe zum Vaterland sein Herz. Als er viele Leute sieht, zittert er vor Vaterlandsliebe und fragt, ob Gott den kleinen Punkt, den er sein Vaterland nennt, aus seiner Fürsorge ausgelassen habe. Er schreit auf mit poetischem Elan, daß er nichts anderes tun könne als sich quälen und sterben, „obwohl dies eine Feigheit ist; das Vaterland wünscht nicht Tod, nicht Blut, sondern Leben mit Handlung, Kraft mit Standhaftigkeit“.<sup>10</sup> Einige Feststellungen sind außerordentlich charakteristisch für Szemere. Heute könnten wir so sagen — in ersten Reihe im Bezug unserer in die Weite, in Ausland entfernten Landsleute — daß „der in seiner Heimat ein Patriot war, kann in ein neues Land übersiedeln, er kann es lieb gewinnen, wird er aber die erste Heimat nie vergessen können“. Weiterhin sagte er auch, daß der Patriotismus nur dann nicht schädlich werde, wenn er sich mit *Weltbürgertum* und *Menschenliebe* zusammengesellt.<sup>11</sup> Die Zeilen des jungen Reisenden erinnern uns an die ersten zwei Strophen des herrlichen Gedichtes, betitelt: Mehrmals aufgeworfener Stein („A föl-földobott kö”), von einem der größten ungarischen Dichter, *Endre Ady*, in seinem in 1909 erschienenen Sammelband „Szeretném, ha szeretnék” (Ich möchte, wenn ich geliebt wäre).<sup>12</sup> Diese Zeilen mögen ihm in den ersten Tagen des August

<sup>6</sup> Reise 1840. Bd. 1. S. [5] und 53—4. Reise 1845. Bd. 1. S. [10] und 48.

<sup>7</sup> Reise 1845, Bd. 2. S. 116.

<sup>8</sup> Reise 1845, Bd. 1. S. 5.

<sup>9</sup> Reise 1845, Bd. 1, S. 128—9.

<sup>10</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 25.

<sup>11</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 149.

<sup>12</sup> Nacheinander aufgeworfenen Stein, / Rückfällig auf deinen Boden, / Mein kleines Land, dein Sohn / Begibt sich immer wieder heim. / Er besucht die Reihe ferner Türme, / Schwindelt, wird traurig, fällt / Hinunter in den Staub, / Wovon er genommen wurde / *Ady, Endre: Gesamte Gedichte. Budapest, 1961. S. 257.*

1837, beinahe um dreiviertel Jahrhundert früher als das Ady—Gedicht entstand, eingefallen sein, als er von Schottland nach Dublin schiffte. Er schrieb: „Ich erreichte den nördlichsten, höchsten Punkt von Ungarn entfernt; von hier ab werde ich dir wiederholt täglich annähern, ach, mein Vaterland, wie der auf geworfene Ball, der nach Erreichung des Gipfels der Macht, auf den Boden, wovon er loskam, zurückkehrt.“<sup>13</sup> Der für sein Vaterland fahrende Szemere<sup>14</sup> schreibt mit einem besonderen Schmerz davon, *wie wenig Ungarn im Ausland bekannt ist*. Sehen wir nur einziges Beispiel vom Ende seines Aufenthalts in Frankreich, als französische Zeitungen oft Nachrichten von Ungarn veröffentlichten, aber über solche Themen als „[Jóska] Sobri, der Räuber... von dem sie tagtäglich Wirklichkeit und Erdichtetes, wunderbares und schreckliches schreiben“. Und was das Betrübendste ist, daß es keinen Menschen in Paris gibt, der den ungarischen Räuber nicht kannte. Und sie glauben, daß der Wegelagerer in Ungarn so gedeiht, wie nach Regen Pilze aus der Erde wachsen.<sup>15</sup>

Der sein Vaterland bis zur Vergötterung liebende Bertalan Szemere *verurteilte jede formelle, inhaltlose Ungartümelei am ausdrücklichsten, sowie jede verblendete Selbstgefälligkeit*. Er verurteilte — nebenbei gesagt, zunächst einmal von dem damaligen Pest, nicht aber von Buda sprechend — mit den härtesten Worten jede Prachtsucht, „die Fluch und Tod für uns ist ... ein glattes Eis, auf dem wir uns schwelgend ins Verderben stürzen ... sie ist ein Fluch, solange wir es aus fremden Händen bekommen“.<sup>16</sup> Er spornte einen jeden an, seine Haltung zu verändern, der im Irrglauben lebte, daß er durch seinen Schnurrbart zu Ungarn, durch seinen ungarischen Dolman mit Schnurverzierung (möglichst mit Degen) zum Patriot gemacht werden, *obwohl das Gefühl ist das uns dem Vaterland widmet, und die Taten sind, die uns zum Patriot formen*.<sup>17</sup> Der sich für den Fortschritt begeisterte Junge wendete sich den fluchen ungartümelnden gegenüber, weil „unser Stolz nur innerhalb der Grenzen des Landes blühen kann, außerhalb dieser Grenzen verwelkt“. Er hat mit ätzender Selbstironie aufs Papier geworfen, daß es vielleicht auch für ihn besser gewesen wäre, zuhause, in der Heimat zu bleiben, weil er dann „in einer holztürmigen Kirche, auf die Weise eines alten Psalmes“, ähnlich den an den Meerrettich nagenden Würmern für die honigessenden Bienen singen könnte: „Es gibt keine bessere Speise als der Meerrettich“, oder diese „glücklich mit den Glücklichen: „Extra Hungariam non est vita, si est vita, non est ita“.<sup>18</sup> Er hat seine Verachtung auch denen gegenüber nicht verschwiegen, die in einer Fremdsprache sich als Ungarn bekennen (er denkt hier hauptsächlich an die deutsch sprechende und am meisten nahe dem königlichen Hof in Wien lebende ungarische Aristokraten), ungarisches Geld ausgeben, ungarischen Namen

<sup>13</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 156.

<sup>14</sup> „Ich reise im Ausland, aber für mein Vaterland, dessen heilige Erinnerung mit mir ist. Alles, was ich hier sehe, erinnert mich an meine Heimat. Ist etwas gut und ist nicht in meiner Heimat zu finden: so werde ich von Schmerzen ergriffen. Ist etwas schlecht und gibt nicht zuhause, so lache ich vor Freude.“ Reise 1845. Bd. 1. S. 181.

<sup>15</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 279.

<sup>16</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 7.

<sup>17</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 276.

<sup>18</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 57.



tragen, ungarischen Gesetzen gemäß leben und ungarisch dennoch nicht sprechen können oder sich diese Sprache zu sprechen schämen.<sup>19</sup>

Die *Geschichtsauffassung* des Bertalan Szemere ist sehr verehrungs-, anerkennungswürdig. Sie beweist einen vertieften kritischen Sinn und legiert in sich solche Lehren, die selbst für den Menschen unserer Tage nicht unzeitgemäß sind. Um diese zu charakterisieren berufen wir uns nur auf einige Beispiele. In Sachen, nahe der Grenze Böhmens, „auf Culms Feld... haben die Vereinigten drei (preußischen, österreichischen und russischen) Heere einen schönen Sieg über Napoleons Lager errungen“. An die Erinnerung dieses Sieges stehen drei Denkmäler an Ort und Stelle zum Andenken und zur Ehre deren, „die dies verdienten, denn die starben und siegten“.<sup>20</sup> Mit Rücksicht auf das Zeugnis der ungarischen Vergangenheit bis dahin, kann der junge Reisende seine Überzeugung nicht in sich verschließen, wonach „es etwas besonderes sei: daß nach verlorenen Kämpfen das verliehrende Volk ein Denkmal nur *selten oder gar nicht* bekommt. Doch, auch dieses Volk würde dies verdienen, wenn die Erinnerung keine Vergeblichkeit ist. Die siegend den Tod finden, haben die Belohnung ihres Kampfes, die besiegt ihr Blut vergießen, haben ihr Leben vergebens aufgeopfert“.<sup>21</sup> Die angeführten Feststellungen geben Gelegenheit auch zu sehr groben Mißverständnissen, wenn Szemere schon in Paris seine Überzeugung nicht ausgedrückt hätte, daß er sich immer für diejenigen ausspricht, die in ihrem Zeitalter tüchtig, *im Interesse des Fortschrittes* tätig waren: „*Wir mühen uns ab mit den häutigen Zwergen, an die Halbgötter des Altertums erinnern wir uns aber nicht...*“, als ob jedes, den Braven der Vergangenheit errichtete Denkmal ihre Früchte in der Zukunft nicht bringen würde..., als ob die Nation, die ihre Vergangenheit aus ihrem Gedächtnis verwischt, nicht dem Baum ähnlich wäre, dessen Wurzeln durchschnitten wurden. Worauf beruht das in uns lebende Freiheitsgefühl? Auf der Vergangenheit und ihren Geschichten. Worauf beruht das verfassungsmäßige Leben, das uns im innersten Mark durchdringt? Auf den weggegangenen zehn Jahrhunderten. Wer streuten die Samen unserer Obsternte? Unsere Ahnen... Das *Freiheitsgefühl und verfassungsmäßige Grund* sind die zwei großen Schätze, die die Vergangenheit hinterließ uns.“<sup>22</sup> *Die Achtung gebührt den Ahnen, aber nur wenn sie vor dem Richterstuhl der Geschichte die Probe schon entstanden.* Unser die Bahn beginnende Held mag, denkend auch an die Bedeutung der Geschichtskritik im Pariser Pantheon auf den Gedanken gebracht werden: „Ich möchte ein Gesetz sehen, demgemäß 25 Jahre lang nach seinem Tod hier niemand platzfinden könne.“ Und die Gesellschaft „soll acht haben, daß lieber aus der Reihe der Verherrlichten einige ausbleiben, als daß ein einziger Unwürdiger hereingeraten kann“.<sup>23</sup> Ähnliche Gedanken mögen in seinem Gehirn entstanden sein als er im Westminster, in der Kathedrale des Sankt Paul nur die Meisterstücke der Marmorstatuen von Soldaten erblicken konnte, obwohl Großbritannien zu frei durch die Menge der für die Freiheit

<sup>19</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 154.

<sup>20</sup> Reise 1840. Bd. 1. S. 11. — In der zweiten Auflage wurden die Feststellungen teilweise höhnisch, mindestens bezüglich des österreichischen Obelisk, „der — mit den Worten des Szemere — unbegreiflich dem nicht-gefallenen Heerführer Colleredo von den Gefallenen errichtet wurde“.

<sup>21</sup> Reise 1840. Bd. 1. S. 11. Reise 1845. Bd. 1. S. 12.

<sup>22</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 110.

<sup>23</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 109.

erglühenden Bürger, sein Volk und seine Nation zu reich und damit mächtig durch die Scharen der Handwerker, Fabrikbesitzer und Landwirte, zu gebildet und tugendhaft durch die Gelehrten und Philanthropen gemacht wurde.<sup>24</sup> Seine Feststellung und sein gebietender Wunsch, wonach „ein Volk, das seine Geschichte und seine großen Menschen vergißt, untergeht — und auch untergehen soll!“<sup>25</sup> — läßt sich kaum bestreiten.

Die Vaterlandsliebe von Bertalan Szemere war mit einem Wunsch nach einem Fortschritt sozialer, politischer und juristischer Natur, sowie mit einer Gesellschaftskritik vereinigt, die in ihrem eigenen Zeitalter in vielen Beziehungen als besonders scharf qualifiziert werden kann. Wir könnten eine Menge der Beweise aufzählen, wir haben aber damit zufrieden zu sein, von diesen nur einige zu erwähnen. Unser Held, in Preußen fahrend, macht uns darauf aufmerksam, daß die Regierung dieses Staates „das moralische und intellektuelle Gewicht des Volkes, die gesellschaftliche Kultur und die Entwicklung des Gewerbefleißes erhöht und befördert“, weiterhin machte er uns auch darauf aufmerksam: „nachdem die Wirtschaft in den Händen der überschuldeten Adelsstände sehr untergetaucht hatte“, den nicht Adeligen wurde „das Recht des Eigenen gegeben“ und auch die Zünfte wurden abgeschafft.<sup>26</sup> Seine Formulierung war in Paris noch schärfer, wo er der Überzeugung Ausdruck gab, daß es auch ein solches — näher nicht genanntes — Land gebe (unter anderen offensichtlich auch Ungarn), „in dem die Erklärung einiger Prinzipien, die anderswo seit langer Zeit offensichtlich die Quellen der Kultur und der Wohlfahrt sind, Grausen verursacht“. Die Fortsetzung des Gedankenganges ist noch härter: „Willst du meine Prinzipien umstoßen? Dann tilge Frankreich von der Welt oder mindestens von meiner Seele aus... Ich sehe, daß die französische Nation frei spricht und schreibt, ihre Gerichtshöfe öffentlich entscheiden, vor dem Gesetz jeder Bürger gleich ist und diese Nation wird von draußen respektiert, von innen ist reich und ihr König ist mächtig“. Die in den Rahmen einer feudalen Gesellschaftsordnung lebenden) ungarische Jugend soll im Laufe ihrer ausländischen Reisen die progressiven Ideen kennenlernen — verkündet laut der die Erfahrungen sammelnde Szemere — und dann wird diese eine neue Generation erziehen und die neue Generation ein neues Land erschaffen.“<sup>27</sup>

Was seine mit seinem Fortschrittsdrang eng verknüpfte und diesen quasi begründende Gesellschaftskritik beanlangt, möchten wir die Aufmerksamkeit zunächst auf seine in Frankreich erworbenen Erfahrungen und auf seine dort ausgestalteten Gedanken richten. Mit einem Widerspruch nicht erdulden. Laut erinnerte er daran, daß „*der Reiche immer einen Sonntag, der Arme immer einen Wochentag hat*“. Von seiner scharfen Beobachtungsgabe ein Zeugnis ablegend betonte er, daß „*Gott keine empfindungslosere selbststüchtige, dumm hochmutigere Geschöpfe als die Geldaristokratie erschuf*“ die „die Aristokratie der Macht ist“. Die Macht entschlich aus den Händen der Priester, der Adeligen und der antiken Soldaten, der kaiserlichen Leibgardisten (*Pratorianer*) aus und geriet in die Hände dieser Aristokratie. Es ist nur trostbringend, daß „sich mit dem gestorbenen Ding und der Körperkraft vereinigte, unausstehlichste Macht fängt es an endlich mit der Ver-

<sup>24</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 89.

<sup>25</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 246.

<sup>26</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 64.

<sup>27</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 130.

nunft, dem Verstand zusammen zu laufen.“<sup>28</sup> Während seines Aufenthaltes in Frankreich hat er darüber geschrieben, daß der ungarische adelige Grundbesitzer seinen Bauern Boden geben sollte, die „nicht Sklaven sind, weil wenn sie hungern, nicht genährt werden; sie sind aber auch keine Freien, denn die Wege zum anständigen Auskommen sind vor ihnen geschlossen. Der Mensch soll seiner eigenen Kraft und seinem Fleiß überlassen werden, dann vermag er sich genügend zu erhalten können, übrigens nicht“.<sup>29</sup> In London wurden seine pariser Gedanken damit erweitert, daß „bei uns (in Ungarn) für die Armen niemand sorgte — nur die Vorsehung im Himmel“.<sup>30</sup> Die Beobachtung des jungen Reisenden in Schottland, wonach: „... willst du wissen, mein Freund, ob Wissenschaft und Kunst in einem Lande blühen, so prüfe nicht die Bücher, Universitäten und Fabriken, sondern nur das Schicksal der Mengen des Volkes“ — gibt uns viel zu denken. „Wenn dieses Schicksal ist kümmerlich“ — setzt er fort — können auch diese nicht blühen. Es ist ein bloßes Scheinlicht“.<sup>31</sup> Schließlich wünschen wir auf eine weitere außerordentlich nachdenkliche Beobachtung des Szemere hinzuweisen. Er formulierte diese, nachdem er in Dublin das *Elend und Kümmerlichkeit der Irländer* gesehen hatte, ausgesprochen — unausgesprochen, als die kategorische Verurteilung der *englischen Kolonisation*: „Es ist aber unmöglich, daß die Unmenge der schlechten Bekleidung dort alle neu wären. Der betrübte Reisende ist bereit zu glauben, daß die schlechten Kleider von Großbritannien nach Irland geschickt wurden, vielleicht in Tausch für das Geld, das daraus ausgesaugt wurde, für den Weizen, den sie von den Lippen des hungernden irischen Volkes weggenommen haben.“<sup>32</sup>

Obwohl Bertalan Szemere hat — nebenbei unter dem Einfluß der Pester Überschwemmung — zuerst in Nummer 38 des Jg. 7. (1838) in nur einer Fußnote seiner der Zeitschrift „Társalkodó“ publizierten, dann im Anhang seines Hauptwerkes, der unter dem Titel „Über die Zukunft von Pest“ veröffentlichten nicht sehr umfangreichen Abhandlung seiner Überzeugung Ausdruck gegeben, daß er „in Ungarn viele Völkerrassen aber nur eine Nation kennt“,<sup>33</sup> nämlich die ungarische. Er war also doch noch kein Anhänger der Selbstgefälligkeit der Nationalitäten und besonders nicht der Unferdrückung der Nationalitäten. Seiner Meinung nach ist in England „die Nationalität bei dem Mittelstand, d.h. die Bürgerschaft; die untere Klasse ist dazu noch nicht reif geworden, seine Mitglieder bleiben immer Menschen; die obere Klasse ist überwachsen, sie neigt zum Kosmopolitismus. Die Nationalität ist dem Vorurteil verwandt, deshalb ist die meiste davon bei dem Mittelstand, der haßt, was fremd ist“. Die heftigste, wenn auch nicht die reinste Vaterlandsliebe lebt — seines Erachtens — im Mittelstand, der Grund

<sup>28</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 112—113.

<sup>29</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 215.

<sup>30</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 99—100.

<sup>31</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 141.

<sup>32</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 158. — Über das Elend in Irland hat auch József Eötvös eine große Abhandlung geschrieben: Szegénység Irlandban (Armut in Irland). Budapesti Szemle, 1. Jg. (1840), Nr. 1. S. 89—156.

<sup>33</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 284. — Bertalan Szemere hat schon dann die Konzeption der einheitlichen ungarischen politischen Nationalität in sich ausgestaltet, deren verhängnisvollen Folgen von unserer 1848-er bourgeois Revolution ab immer mehr katastrophal wurden. Vgl.: Both, Ödön: Szemere Bertalan nemzetiségi politikája 1848 nyarán (Résumé: La politique nationalitaire du ministre de l'intérieur Barthélemy Szemere au cours de l'été de l'an 1848). Szegéd 1958. S. 9.

dessen ist, daß „er genügend aber nichts überflüssiges zu tun vermag, daß Interesse und Vaterlandsliebe sind bei ihm im vollkommensten Gleichgewicht“, während die unter ihnen stehenden, die nur Gewohnheiten haben, aber keine Vorurteile, außer ihrem Leben nichts zu verlieren haben. Deshalb fühlen sie ihre Nationalität nicht. Und diejenigen, die über ihnen stehen, haben sich allem Neuen heftig angeschlossen und schon vergaßen das Vaterland zu lieben. Denn sie — als sie um ihre maßlosen Güter besorgt sind — „glauben die Heimat zu lieben; Eigennutz und Liebe verweben sich hier mit dichten Fäden“. Es ist unter solchen Umständen eine unentbehrliche Aufgabe, mit moralischer und intellektueller Erziehung und „durch die Verbreitung politischer Kenntnisse“, mit der Ausbreitung des Wahlrechts, der Demolierung der Industrie und des Handels „einen *vermögenden, vernünftigen, moralischen* Mittelstand zustande zu bringen“.<sup>34</sup> Der Junge, der auch das Ausland besucht hatte, war nicht vorurteilsvoll, höchstens formte er guten Glaubens auch Fehltritte in Bestimmung die Besonderheiten, Eigentümlichkeiten einiger Nationen, einiger Völker. Für Beweis können wir uns auf seine folgenden Feststellungen berufen: „Der Franzose ist glatt, der Engländer fertig, der Ungarn heiß, der Slawe gut, der Deutsche human“;<sup>35</sup> beziehungsweise in Vielen in Widerspruch mit den Vorigen: „Der Engländer ist reich, mächtig, frei; ... der Franzose... hält sich für den Befreier Europas, für den Fahnenträger der Volksrechte und... ist deshalb eitel, brav, stolz, ersenkt seine Augen wegen keiner Rücksicht hinab... Die Zurückgebliebenheit und alles andere, das Ungarn dunkel brandmarkt, macht auch seinen Sohn enthalten und wenn ein Franzoser oder Engländer in seine Augen Blickt — so senkt er den Blick.“<sup>36</sup> Und anderswo hat er darüber geschrieben, daß „die Völker nach ihren Abgöttern zu beurteilen sind; der Türke spricht immerfort über Allah und das Paradies, der Engländer über den Komfort und den Wohlstand, der Deutsche über die Kultur und Humanitas, ein anderes Volk (d.h. das Ungarische) ... über die altherkömmliche Verfassung“;<sup>37</sup> und die Seele der letzteren „ist ähnlicher dem Strohefeuer, das großen Rauch hat, seine Flamme aber vergänglich ist und überhaupt keine Glut hat“.<sup>38</sup> Nach seinem Standpunkt sei erschreckend, daß in der Person des Pölnitz er sprach mit einem solchen Gelehrten, der zwar das halbe Europa auf verfassungsmäßige Freiheit und Prinzipien lehrt aber — abweichend von dem französischen Wasserträger und dem englischen Fabrikarbeiter — nicht versteht: *daß die Freiheit sich auch in der Nationalität und diese in der Muttersprache wurzelt*.<sup>39</sup>

## II.

Der in der ersten Hälfte des 19. Jh. weit vor Ungarn fortschreitende, Westeuropa studierende ungarische Reisende hat den Fragen des *Unterrichts* und der *Erziehung* eine überaus große Bedeutung zugeschrieben und hat deshalb auf die Art und Weise von diesen eine besonders große Sorge ver-

<sup>34</sup> *Reise* 1845. Bd. 2. S. 154—156.

<sup>35</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 34.

<sup>36</sup> *Reise* 1845. Bd. 2. S. 35.

<sup>37</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 101.

<sup>38</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 14.

<sup>39</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 30.

wendet. Es hat sich in ihm die Meinung ausgestaltet, daß die höchste Aufgabe der Gesellschaft die *Volkserziehung* sei, weil diese uns auf das Höchste hebt. Eben deshalb, weil es „in Preußen kein Kind gibt, das keinen Schulunterricht erhalten würde“, diesen Staat hat er — möchten wir betonen — entscheidend bezüglich der Erziehung als hervorragender angesehen, als Frankreich „das Land der Freiheit“, Italien, „die Heimat der Künste“ und England, „die Wunderstelle des mächtigen Triumphs des Menschenverständes“. <sup>40</sup> Er verkündete die Überzeugung, daß je mehr Schulen im Kreise eines Volkes funktionieren, „wenn die Erziehung die guten Sitten pflegt, der Unterricht den Geist bildet und wenn der so gebildete Mensch der höchste Schatz des Landes ist“, desto weniger gegen diese Nation eine andere in der Hoffnung des Erfolges einen Wettkampf austragen könne. <sup>41</sup> In Kenntnis der zeitgenössischen heimatische Umstände hat er seine gebieterische Anforderung aufs Papir geworfen, daß ein Erziehungssystem ausgearbeitet werden soll. „Diese soll national sein und Stufen haben, des vielerlei Standpunkten des Lebens gemäß, was die willkürlichen gesellschaftlichen Unterschiede ausgleicht“. <sup>42</sup> Bertalan Szemere hat auch nicht unterlassen, die Ziele und Ergebnisse der deutschen, französischen und englischen Erziehung miteinander zu vergleichen und daraus auch Folgerungen zu ziehen. Seiner Ansicht nach haben in der Vergangenheit die Deutschen mit religiös-sittlichen Zwecken Menschen und Christen, die Franzosen mit intellektueller Entwicklung Bürger und Philosophen und die Engländer mit der Bildung der Kenntnisse Engländer und Arbeiter erzogen, „aber in der Neuzeit haben diese drei großen Völker einander besser beobachtet“, und an ihren Erziehungszwecken geändert. Am Ende der 1830-er Jahre schon „erzieht der Deutsche auch Patrioten, womit er die Wissenschaft lebensvoll macht; so gibt der Franzose Platz der religiösen Sitte, womit er zur Freiheit auch Frieden gibt; und der Engländer ist geneigt, seinen Schulen eine geistigere Richtung zu geben, womit er ein Vorurteil verwischt und die herrschenden materiellen Interessen zurechtrückt“. <sup>43</sup> Trotz all seinen am letzten erwähnten Feststellungen hat der junge Reisende seinen Standpunkt über die Wirksamkeit der Erziehung aufrechterhalten, wonach „das stille Deutschland einen bürgerlichen Stand erzieht, die kultivierter sowohl als der französische als auch die englische Mittelklasse ist und deshalb auch stärker, massiver und beständiger sein wird“. <sup>44</sup>

Der das Ausland bewandernde Junge vergaß auch nicht, die allgemeinen und rechtlichen Vorbedingungen der erfolgreichen Erziehung zu erforschen und — als das Ergebnis dieser Forschung — seinen Standpunkt festzusetzen. Diesem gemäß sei „auch der weiseste Unterrichtsplan *erfolglos*, wenn der Staat (einerseits) für die *Ausbildung der Schulmeister*, (andererseits) für

<sup>40</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 59.

<sup>41</sup> *Reise* 1840. Bd. 1. S. 79.

<sup>42</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 37.

<sup>43</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 16—17.

<sup>44</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 16. — Wir sollen mindestens hier nicht unerwähnt lassen, daß wir auch einen solchen Reisenden im Auslande hatten, der — obwohl nur 20 Jahre alt — teils Szemere's Standpunkt, wonach der deutsche Mittelstand (in den 1830er Jahren) viel kultivierter als der französische und die englische wäre, am entschlossensten zurückgewiesen hat, teils hat er die Meinung, daß ein Mensch, ein Christ, ein religiös-sittliches Wesen, ja sogar ein Philosoph und gerade ein Bürger in den Schulen erzogen werden könnte. — auch nicht akzeptiert. *Irinyi, József: Német-, francia- és angolországi útjegyzetek* (Reisebemerkungen in Deutschland, Frankreich und England). Halle 1846. Bd. 1. S. 77—78.

ihre Belohnung nicht sorgt".<sup>45</sup> Es sollen wohl-funktionierende Lehrerbildungsanstalten aufgestellt und für Schulmeister nur moralische und gebildete Personen ernannt werden. Unser Verfasser erinnert uns daran, daß Brougham gut gesagt hatte, daß „im Lande die Schullehrer die wichtigsten Personen sind", bzw. daß — den Vorschriften des preußischen Gesetzen entsprechend — „in der Sache der Schulen der Lohn der Lehrer der wichtigste Punkt ist, der ... allem zuvor kommen soll". Deshalb sollen „die prominenten und treuen Lehrer" eine Stelle mit höherem Einkommen, ein höheres Amt, die alt oder in ihrem Amt krank gewordenen Ruhegeld, ihre Waisen Unterstützung erhalten. (In Sachsen, wenn der Schulmeister nach einem langen Dienst alt geworden ist, erhielt er ein mit seinem früheren Einkommen überinstimmendes Ruhegehalt.) Abgesehen von der zusammen vier Wochen langen Waffenübung, sollen sie von dem Militärdienst befreit werden, wie zu jener Zeit auch in Preußen geschah (!) und *sie sollen ihres Amtes nur mit einem Urteil enthoben werden*.<sup>46</sup> Das System der primären Volkserziehung wurde von der preußischen Gesetzgebung ausgearbeitet. Diesem System nach: „Es ist die Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu Schule zu schicken; die Gemeinden sind verpflichtet, Schulen zu bauen, aufrechtzuerhalten; die Lehrer zu zahlen; es ist die Pflicht des Status, die Schulmeister zu bilden und durch die Beamten die Volkserziehung zu leiten". Wenn aber eine Gemeinde unfähig wäre, dieser Pflicht Genüge zu leisten, „so leistet ihr der Status Hilfe, denn die Volkserziehung ist Privatinteresse aber zugleich auch die Pflicht des Status".<sup>47</sup>

Bertalan Szemere, als er in Sachsen gastierte, wo die Eltern — wie auch in anderen deutschen Staaten — „durch Gesetze verpflichtet wurden, unter Androhung der Strafe ... ihre Kinder zur Schule zu schicken",<sup>48</sup> betonte seine Überzeugung am nachdruckvollsten, daß die Einführung der *Schulpflicht* auch in Ungarn eine unverschiebbare Aufgabe sei. Der junge Reisende fühlte in der Stadt Leipzig notwendig zu sein, daß er die wichtigeren Verfügungen der sächsischen und preußischen Gesetze des Unterrichtswesens mindestens auszugsweise bespreche. Beiden Gesetzen nach sind die Kinder zwischen 7—14 Lebensjahren verpflichtet die Schule zu besuchen, ihre Abwesenheit können nur die Schulmeister erlauben oder die Eltern begründen. Von der Schulpflicht sind dem sächsischen Gesetz nach „die Kinder armer Eltern und die Hirtenknaben nicht befreit". Den Vorschriften des preußischen Gesetzes nach sind aber anwendbare Entschuldigungen für die Abwesenheit: „das ärztliche Zeugnis, die Abwesenheit der Eltern, die auch die des Kindes begründete, und der Mangel an Kleidern. Wenn aber die Eltern ihrer Pflicht, ihre Kinder zu beschulen, ihrer Verweisung ungeachtet und unbegründet nicht genug tun würden, „mag das Kind durch einen Polizist zur Schule geführt werden, den Eltern kann eine Geldstrafe oder eine andere Strafe auferlegt werden oder, wenn sie ohne Vermögen sind, können sie eingesperrt oder zum Nutzen der Gemeinde zur Arbeit gezwungen werden". Die Strafe aber darf „die schwerste polizeiliche Korrekstrafe nicht überholen".<sup>49</sup> Der Verfasser des Reisetagebuches stellt mit Freude fest, daß „das Prinzip der verpflichtenden Beschulung neuestens auch auf die französische

<sup>45</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 49.

<sup>46</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 50—52.

<sup>47</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 55, 57.

<sup>48</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 24.

<sup>49</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 27—29.

und englische Boden übergriff und ihr Wert auf beiden Stellen anerkannt wurde.“<sup>50</sup> Unter diesen Umständen ist der Protest unserer Landsleute gegen die Schulpflicht völlig unbegründet, „wenn der Staat zu strafen berechtigt ist, so noch viel mehr zu erziehen. Ist er berechtigt uns zu gebieten Soldaten zu werden, natürlich noch viel mehr um Schüler zu sein. Die ersteren verteidigen uns im Krieg, die letzteren im Krieg und Frieden; wenn der Staat berechtigt ist, solche Bürger zu erziehen, die sowohl verstehen, daß dies notwendig ist, als auch vermögen all dies einzuhalten“.<sup>51</sup> Als die Folge von allen diesen: Es mag für uns keine Entschuldigung sein, daß einst Frankreich und England „gewissermaßen“ unser Partner waren, denn: „den Großen nur in der Sünde ähnlich zu sein, ist nur die Freude der Wahnsinnigen.“<sup>52</sup>

Bertalan Szemere behandelte — im Gegensatz zur Schulpflicht — die *Lehrfreiheit*, nicht einmal nennend sie beim Namen, nur tangential, indirekt und sehr kurz, im Großen und Ganzen in demselben Geiste wie es unser erstes Gesetz über die ungarische Universität, der G. A. XIX v. J. 1848 getan hatte.<sup>53</sup> Er referierte während seines berliner Aufenthaltes über die preußische Verwaltung des Erziehungswesens betreffend, eine der Eigentümlichkeiten deren war, daß ihr höchster Leiter der Minister des Unterrichtswesens war (und sein Rat) und die Universitäten wurden unmittelbar durch den Minister gelenkt.<sup>54</sup> Er wurf hier aufs Papier: „Es ist eine weise Bestimmung in den deutschen Universitäten, daß außer den ordentlichen und außer ordentlichen Lehrern *jeder Doktor*, der sich vertraut und geprüft wird, *darf aus den Wissenschaften seines Zweiges öffentliche Lektionen geben.*“ Der wichtigste Vorteil dieser Praxis ist, daß in dieser Weise möglich ist, „in das Universitätsleben neue, belebende, zeitgemäße Elemente und Prinzipien einzuführen“. Auf diese Weise entsteht unter den Lehrern „ein wohlthuender Wettbewerb“. Einer von diesen wird von Mengen gehört, während vor dem Anderen ein leerer Lehrsaal gähnt und deshalb er, — „wie ein ungeschickter Krämer seinen Laden“ — seinen Lehrsaal einzuschließen hat, obwohl — abweichend von dem Vorigen, dem ein großes Schulgeld gezahlt wird — er

<sup>50</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 26.

<sup>51</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 29.

<sup>52</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 53. — József Irinyi hatte kaum recht als er, sich auf einen englischen Gelehrten, Samuel Laing (Notes of a Traveller on the social and political state of France, Prussia, Switzerland, Italy. London 1842) berufend gegen die Schulpflicht so argumentierte, daß preußische Volkserziehungssystem schlecht sei, weil damit „die Eltern gezwungen werden, ihre Kinder in Schule zu schicken und damit die Familienerziehung unmöglich werde, obwohl diese viel geeigneter sei, die Moralität in die Herzen der Kinder tief einzupflanzen als die öffentlichen Schulen sind“. Irinyi, a. a. O. Bd. 1. S. 81.

<sup>53</sup> Magyar Törvénytár (Ungarische Gesetzsammlung), Gesetze von 1836—1868. (Hgg. Dezső Márkus.) Budapest 1896. S. 243. — Dieser Gesetzartikel besteht aus nur drei Abschnitten (§§). Der erste bestellt die erste (i. J. 1635 begründete und in 1848 noch einzige) ungarische Universität „direkt unter die Autorität des Ministers des Unterrichtswesens“, der zweite proklamiert das Prinzip der Freiheit in der Form, daß einerseits der Student frei entscheiden kann, welche Lehre er und von welchem Lehrer hören wolle, andererseits daß neben den ordentlichen Lehrern auch andere hervorragende Individuen zuerst mit der Bevollmächtigung des Ministers interimistisch, dann aber unter den Bedingungen des Gesetzes mit dauerndem Charakter vorlesen mögen; schließlich stellt der dritte Abschnitt dem Minister des Unterrichtswesens die Aufgabe, diese Prinzipien anzuwenden und seine Anträge bezüglich der weiteren Aufgaben dem nächsten Landtage zu unterbreiten.

<sup>54</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 49.

gratis vorlas.<sup>55</sup> Der junge Reisende in England gestaltete sich keine viel zu gute Meinung über die Universität zu Oxford, die — seines Erachtens — „nichts anderes als, als die Gesamtheit der Kollegien“. Er wurde gleichwohl aufmerksam darauf, daß es sich eine — zwar ziemlich beschränkte — Universitätsautonomie ausgestaltete. Andererseits sendete die Universität zwei Deputierten in das Parlament. Die Universitätshörer können auch hier unter den Vorlesungen der Professoren und Lektoren wählen. Es gibt infolgedessen unter den Vorlesenden einige, die jährlich kaum einige Vorlesungen halten, während die Lehrsäle anderer, der Volkstümlichen sind hingegen gefüllt von den Massen der Hörer, obwohl die Zahl dieser letzteren Vorlesenden ist verhältnismäßig klein.<sup>57</sup>

### III.

Der junge Jurist ist von dem feudalen Ungarn auf seine Studienreise gefahren. Von einem Staat, der — so, wie auch England — eine geschichtliche Verfassung genabt hat. D.h., wo für die Struktur und Kompetenz, für die öffentliche Rechte und Pflichten der Untertanen die in verschiedenen Zeiten, nicht selten mit mehrere Jahrhunderte langen Zeitunterschieden gemachten Gesetze, bzw. das ausgestaltete Gewohnheitsrecht Vorschriften enthalten haben. Unser Reisender begeisterte sich den Zeichen nach nicht besonders für die geschriebenen (chartalen) oder mit einem anderen Wortgebrauch von ihm „Papier“-Verfassungen.<sup>58</sup> Diese, auf dem Gipfel der Hierarchie der Rechtsquellen stehend haben gewöhnlich in einer einzigen Verfassungs Urkunde in Hauptlinien die Organe der Staatsgewalt und mit deklarativem Charakter die bürgerlichen Menschenrechte und Pflichten der ordentlichen gesetzgebenden Organisation überließen. Obwohl Bertalan Szemere die Meinung zum Ausdruck brachte, daß „das Volk eine (chartale) Verfassung haben kann, ohne ein konstitutionelles Leben zu haben“. Dazu daß diese in das Blut des Volkes überströmen, sind nicht nur Jahre gewünscht, sondern ein ganzes Zeitalter.<sup>59</sup> Es gestaltete sich gleichwohl in ihm eine günstige Meinung über die von ihm kennengelernten west-europäischen chartalen Verfassungen. Darin mag die entscheidende Rolle gespielt haben, daß diese — trotz ihren Mängeln — wenn auch nicht auf allen Gebieten, im allgemeinen aber viel fortschrittlichere, der bürgerlichen gesellschaftlichen und staatlichen Ordnung viel mehr entsprechende Vorschriften enthielten. Sicherlich, zunächst einmal an die hessen — casselsche Verfassung denkend die er als „die Tochter der 1830-er französischen Charta“ hochgeschätzt hat, stellte er fest, daß „wir die Verfassungen der deutschen Staaten für lächerlich halten aber sicherlich unrichtig. Selbst daß der Status und das fürstliche Vermögen separiert wurde, sei überaus wichtig. Außerdem sei die Steuer nicht so groß, ihre Quantität hängt von der Abstimmung ab, die Minister sind verantwortlich, die Beamten sind von der bloßen Willkür nicht abhängig, die Bande der Presse werden erweitert, im Saal des Landtages haben die Stenographen Stühle und die Debatten gelangen durch die Zeitungen zur Kenntnis der

<sup>55</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 61.

<sup>56</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 172.

<sup>57</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 175.

<sup>58</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 16.

<sup>59</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 93.



Öffentlichkeit. Es ist von hier zu sehen, daß haupt — sächlich uns, Ungarn, daß Lächeln sehr schlecht steht".<sup>60</sup> Noch unzweideutiger nahm er Stellung neben der französischen chartalen Verfassung vom 9. August 1830, die er — ein wenig verkürzend von den am 29. Dezember 1831 eingeschalteten Art. 23—24 den Art. 23 — in vollem Umfang in ungarischer Sprache veröffentlichte.<sup>61</sup> Von dieser hat er — als eine aus der ersten Auflage seines Werkes sicherlich „dank“ der Zensur fehlende Bewertung — in der zweiten Auflage auf Papier geworfen, daß „in 1830 die (französische) Nation eine Charta sich selbst gab“. Im Sinne der Verfügungen dieser Charta „der Willkür der Nation sei wichtig, das Ziel sei das Glück der Nation, die Erledigung sei das Interesse des Landes. Deshalb sprechen auch die schriftsteller immer von 1830... Die Verbürgerlichung beginnt hier. Die Prinzipien, die die Grundlagen des gegenwärtigen Zustands sind, sind heilig“. Die vorige Zeitperiode ist vergebens ruhmvoll, sie ist nicht vollständig und nicht rein, weil sie ihre Strahlen „nicht um den Namen des Volkes“ verschüttete. Die Scheidelinie ist unter diesen Umständen nichts anderes als die „Carta“ selber.<sup>62</sup>

Als ein Sohn eines Landes monarchischen Staatsform, das obendrein auch unter der Unterdrückung der Zensur ächzte, konnte der junge Szemere nicht mit einer unzweideutigen Offenheit neben der *republikanischen Staatsform*, der „*respublica*“ Stellung nehmen, doch hat er nicht versäumt, seine Sympathie für die Republik mindestens verhüllt auszudrücken. Er sollte aus der ersten Auflage seiner Reisebeschreibung seine Bemerkungen über den an der 15/16. Jahrhundertwende in der Burg Chillon in der Schweizfangenen Bonnivard und die ungarische Übersetzung Byrons — hauptsächlich von ihm geschriebenen — Gedichtes: „Der Gefangene in Chillon“ völlig auslassen. Er konnte aber diese schon in die zweite Auflage aufnehmen und hat nicht versäumt mit der höchsten Begeisterung von seinem Helden zu sagen: „Er hat Genf deshalb für seine Heimat gewählt, weil Genf eine *respublica* war. Und er hat für diese neue Heimat seine Ruhe aufgeopfert... Er war glücklich, daß die *respublica* ihn als ihren Bürger beherbergte... Er nicht nur lebte, nicht nur starb für die *respublica*, sondern sowohl lebte als auch starb dafür... Genf kannte berühmtere Bürger aber treuere nicht".<sup>63</sup> Er setzte sich für die Republik formell öffentlicher, als er über seine Erlebnisse in Frankreich berichtete aber er verband deren Verwirklichung zu sehr strengen Bedingungen. Er verkündete die Folgenden beinahe als einen utopistischen Wunsch und deshalb konnten diese — als unerreichbare Wunschträume, die eben deshalb gefahrlos sind — selbst in der ersten Auflage stehen bleiben: „Der sich an die Regeln der *gegenseitigen Gerechtigkeit und Billigkeit* — in einem jeden Augenblick des Lebens und selbst in den winzigsten Dingen — nicht hält und so die *respublica* wünscht:

<sup>60</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 92. — Es fehlt aus der ersten Auflage der zweite Satz des Zitats. Reise 1840. Bd. 1. S. 105.

<sup>61</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 207—214. Reise 1840. Bd. 1. S. 212—219.

<sup>62</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 207. — Bertalan Szemere konnte ursprünglich seine auf die 1830-er französische Charta bezügliche Bewertung auch in der ersten Auflage drucken lassen. Es scheint zu beweisen dies, daß die ursprünglich sicherlich auch die ausgedruckten S. 211—212 enthaltende Seite später ausgeschnitten und an ihre Stelle eine andere Seite eingeklebt wurde, die Abstände deren Textes viel komprimer sind als diejenigen, die an der vorigen Seite beobachtet werden können. Und auch die Type der Buchstaben ist wesentlich kleiner.

<sup>63</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 237—249, die angeführten Textteile sind an der 237—238. Seiten zu finden.

ist wie der *Schuft*, der für Freiheit herumbrüllt. Ihr sollt sie ihm nicht geben, der Tiger verdient Ketten".<sup>64</sup> Anderswo gab er, ablesbar zwischen den Zeilen, ein Zeichen dafür, daß die Idee der Republik trotz den oben angeführten nicht fremd von ihm ist, weil deren Umsetzung in das Leben uns letzten Endes zur Gleichheit führt: „Die respublica zog die Einfachheit in die Umgangssprache ein, die Sprache bewahrt sie jetzt in der Monarchie". Die Benennung „Monsieur" gebührt sowohl den sehr reichen als auch den armen Männern, die Titulierung „Madame" ihren Ehegemahlinnen und die „Mademoiselle" ihrer Tochter.<sup>65</sup>

Der für sein Vaterland reisende junge Bertalan Szemere war von einer unauslöschbaren *Freiheitsliebe* ja sogar von *Freiheitsanbetung* durchdrungen. Als ob ein Prophet aus ihm gesprochen hätte, verkündete er laut: „Die Verbindungen, die die Funktionierung der geistigen Kräfte verhindern, reißen ab und werden durch äußere Kämpfe die der Feinden, durch heimatische Kämpfe die der Vorurteile durch innere Kämpfe: die Sünden der Seele unterbrochen. Die Kämpfe werden durch die Menschen für die Freiheit fortgesetzt und sie wünschen für den Frieden dasselbe zu tun. Die Länder werden einmal schüttern die Völker in Aufruhr und die Differenzen der Bürger, der Bildung, des Klimas werden es nicht verhindern... Dieser Übergang hört unter schrecklichen Phänomenen auf!"<sup>66</sup> Die Freiheit befruchtet — seiner Überzeugung nach — den Geist des Menschen, entwickelt seine Vernunft und in dieser Weise — machend ein Ende der früheren, falschen Auffassung, daß die Freiheit nichts anderes sei als Schrankenlosigkeit — die öffentliche Freiheit bekommt einen neuen, sich auf die Moralphilosophie aufbauenden Typ. „Als des Ergebnis dessen, wird die Rücksicht der Menschheit das nationale Interest führen... Im großen Garten, der die Welt selbst ist, wird sich das ganze Europa bewegen um den Baum der Glückseligkeit, der die Freiheit selber ist, einzupflanzen."<sup>67</sup> Auf seine, in ihrer sehr großen Mehrheit gottläbigen, viel weniger die ungarische Sprache verstehenden und lesenden Zeit und Landgenossen haben die aus der ersten Auflage noch fehlenden Zeilen eine noch überwältigendere Wirkung ausgeübt, wonach „in der Schweiz der Reisende von zwei Ideen unzertrennlich begleitet werde: von Gott und der Freiheit, oder noch richtiger von einer Idee, denn Gott sei nichts anderes als die Freiheit in ihrer Vollkommenheit und die Freiheit ist nichts anderes als die Gottheit in ihrem winzigsten Funken... diese beiden leben zusammen, wenn auch Gott dem Volke selbst auch ohne Freiheit leuchten könne. Es gebe aber ohne Glauben keine Freiheit."<sup>68</sup>

Kennend die *Freiheitsliebe* des Bertalan Szemere, sollen wir als ganz natürlich ansehen, daß er selber der Anhänger der verschiedensten Varianten der *Freiheitsrechte* war. Was die *Gedanken und Redefreiheiten* anlangt, bringt er zum Ausdruck — schon im Vorwurf der zweiten Auflage seines Werkes, in der Form einer poetischen Frage — seine Überzeugung, daß der Gedanke noch immer kein „ganz freies Gebiet habe, das seinen Weg, als der

<sup>64</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 201, bzw. Bd. 1. S. 207—208.

<sup>65</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 235—236.

<sup>66</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 96. — Der Schlußteil des Zitats; „Die Länder werden einmal beben, die Völker in Aufruhr sein" etc. fehlt von der ersten Auflage.

<sup>67</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 97.

<sup>68</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 227—228.

Regenbogen, von der Erde bis zum Himmel kühn leiten könnte".<sup>69</sup> Der Mensch habe aber keinen kostbareren Schatz als seine Gedanken... Der kleinste Gedanke sei nämlich teurer als der kostbarste Diamant. Der Gedanke wächst nämlich, eine ganze Welt zu sein, der Diamant aber mindert sich und schließlich geht in Asche und Trümmer".<sup>70</sup> Der junge reisende Jurist hat auch erkannt, daß sich unter Gedanken- und Redefreiheiten die engste Verbindung ausgestaltet hatte. In einer Stelle, aufgrund seiner Erfahrungen in Frankreich, brachte er seine folgende Überzeugung zum Ausdruck: a) „Es könne und werde nur sprechen, wer eine Lust hatte früher zu denken und dann seine Gedanken in eine Ordnung zu stellen und schließlich in eine Sprache zu gießen." b) In Frankreich haben sich die Bedingungen der Redefreiheit ausgestaltet, denn der Franzose spreche gern, und dem Franzosen ist es gestattet frei zu sprechen, so wie übrigens — seinen Erfahrungen in England gemäß — auch den Engländern das Recht zustehe, miteinander ganz frei zu sprechen.<sup>72</sup> Der Verfasser hat seine mit der Notwendigkeit der Sicherung der Redefreiheit verbundenen Ansichten prächtig zusammengefaßt wahrscheinlich um die Konservativen einzuschüchtern: „Wer nicht sprechen darf — sagt er — der pflege zu handeln; solche seien die blutigen Revolten der der Leibeigenen der Despoten und die Meutereien durch Sklaven. Und wer nicht handeln darf — setzt er fort — der spreche gern... Wo keines von diesen gilt: das ist verboten, dieses ist versagt — wie einst in Frankreich — dort folge ein so schreckliches Atemholen, wie es in 1789 war: jedes Wort war ein Orkan, jede Handbewegung ein Mord."'<sup>73</sup>

Der kaum aufgewachsene, zu erfahren, lernen wünschende Jurist — als ein Befolger der Volkserziehung, der Gedanken — und Redefreiheiten, — zog auch die Schlußfolgerung, daß die Öffentlichkeit die Kraft habe die Freiheit aufrechtzuerhalten und daß ihre entwickelste Form die durch die *Pressefreiheit* gesicherte Presseöffentlichkeit sei.<sup>74</sup> An vielen Stellen seines Werkes betonte er, daß er der aufopferungsvolle Anhänger der Pressefreiheit sei. Wir könnten hier — wegen Raumangel — nur einige sehr charakteristische Stellungnahmen von ihm ganz kurz vorstellen. Er verkündete laut, daß „wo es eine freie Presse gibt, die öffentliche Meinung herumirren aber sich nicht verirren könne".<sup>75</sup> Und die Pressefreiheit sei auch die Voraussetzung einer neuen Blütezeit der Literatur.<sup>76</sup> Er konnte nicht umhin, aus der ersten Auflage seines Reisebuches seine Überzeugung noch auszulassen, in der zweiten aber veröffentlichte er schon diese, wonach es auf zwei Wegen erreicht werden könne daß das Volk sich setze, in seinen Taten mehr Stille, Sicherheit, Frieden eingewoben ist. Einer dieser Wege sei die *völlige Pressefreiheit* für die

<sup>69</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 8.

<sup>70</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 3—4.

<sup>71</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 181. — Es fehlt von der ersten Auflage der auf die Redefreiheit der Franzosen bezügliche, mit Kursive betont angeführte Textteil. Vg.: Reise 1840. Bd. 1. S. 189.

<sup>72</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 28.

<sup>73</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 171. — Die angeführte Textstelle fehlt aus der ersten Auflage.

<sup>74</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 124. — Bezüglich des für die Pressefreiheit ausgefochtenen Kampfes nationalen Niveaus in Ungarn vgl.: Ödön Both: Az 1848. évi sajtótörvény létrejötte (Die Schaffung des Pressegesetzes i.J. 1848). A sajtószabadság problémája Magyarországon a reformkorban (Das Problem der Pressefreiheit in Ungarn im Reformzeitalter). Szeged 1956. S. 7—53.

<sup>75</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 188.

<sup>76</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 195.

Veröffentlichung aller Meinungen, der andere sei die allgemeine und gründliche Volkserziehung.<sup>77</sup> Wir brauchen eine völlige Pressefreiheit, weil eine halbe Pressefreiheit nur Schwankungen und eine ständig zweifelhafte Gesamtbewegung in den Köpfen gebäre. Der Fluch diese sei, daß all diese kein Ende finden, während die ganze Freiheit die Talente in Harmonie entwickle und das Ergebnis des Kampfes sei. Sie sei — auf einem offenen Feld geführt — nicht feindlich, vor dem Publikum geschehend, sei sie nicht ehrlos: es ist ein während einer kalten Kontemplation geformtes friedliches Urteil der öffentlichen Meinung: Dies habe aber zwei Vorbedingungen. Es sollen, erstens, so viele Zweitungen, wie möglich, sein, damit alle Ansichten Organe haben. Zweitens, *sollen die Zeitungen so billig wie möglich* verkauft werden, damit sie eine so große Menge wie möglich bilden können. Je mehr schreiben werden, werden die Gegenstände desto vollständiger besprochen und es werde desto leichter, die Wahrheit zu erkennen. Und so, je mehrere lesen, desto mehrere werden die Freunde der Gerechtigkeit, des Friedens, der Ordnung, der Ruhe sein.<sup>78</sup> Szemere hat während seines Aufenthaltes in England nicht versäumt, seine Erfahrungen, die er bezüglich der Presseverhältnisse erwarb, mit den Ergebnissen seiner Beobachtungen in Frankreich zu vergleichen. Er hat die Folgerung gezogen, daß „die Öffentlichkeit bei den Engländern größer und auch älter als bei den Franzosen sei, weil diese von der Freiheit mehr verstehen. „Ein sprechender Beweis davon ist“ die grobe Rede und großer Kreis der Zeitungen, die sich auch auf die Privatverhältnisse ausdehnen... Hier gehört der Preßprozess *zu den Raritäten*, während dieser in Paris wöchentlich zu sehen sei.“<sup>79</sup> Der im allgemeinen eine völlige Pressefreiheit erfordernde Junge erwies sich gleichwohl als keiner Anhänger der absoluten Pressfreiheit. Dies wird am meisten durch die Tatsache bewiesen, daß er die französische Pressegesetz v.J. 1819, das in Paris und in den in dessen Umgebung befindlichen drei départements und bei der Veröffentlichung der Tageszeitungen, die — wenn auch nur teilweise — politischen Inhalts sind, die Deponierung einer — in einem Zinsen bringenden 5.000 Frs Kapital bestimmten — auffallend hohen Kautions erforderte, ohne Kommentar bekannt gab. Ja sogar hat dieses Gesetz für alle in der Zeitung erschienenen Artikel den Eigentümer oder Verleger einer Zeitung verantwortlich (wir könnte auch sagen: Zensor) gemacht,<sup>80</sup> obwohl der Besprecher des Gesetzes anderswo selber festgestellt hatte, daß die Vernunft und die Seele der für die Deponierung der Kautions auf alle Fälle offensichtlich notwendige Geldaristokratie in der Tasche sei... und es gibt keine dumm Hochmutigere, als die ist.<sup>81</sup> Wir möchten hier noch mindestens erwähnen, daß Bertalan Szemere auch hinsichtlich der Theater seinen Wunsch zum Ausdruck brachte, „daß dort ebenso wie bezüglich der Presse die Freiheit herrschen soll, aber — von der Kautions, zum größten Glück nicht mehr sprechend — es erfordert eine große Sorge, das Herz und die Moral als edelsinnig aufzubewahren“.<sup>82</sup>

Es kann kaum bestreitet werden, daß es vom Gesichtspunkt der Ausgestaltung des politischen Lebens auch in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts sehr bedeutend war, die Rechte der Versammlung, der Bean-

<sup>77</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 201.

<sup>78</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 132—133.

<sup>79</sup> *Reise* 1845. Bd. 2. S. 113.

<sup>80</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 134—135.

<sup>81</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 112.

<sup>82</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 176—177.

tragung, der Beschwerde, der Einreichung des Gesuchs und der Vereinigung zu haben. Bertalan Szemere hat dies auch erkannt und hat — sich entscheidend auf englische Beispiele berufend — zunächst einmal für die Versicherung der *Versammlungsfreiheit* Stellung genommen. „Wer das englische Volk und die englische Verfassung kennt — kündete er noch in Frankreich — wird glauben, daß falls dieses Volk des Recht der freien Volksversammlung (public meeting) nicht hätte, wäre seine Geschichte, hauptsächlich in den neuesten Zeiten durch häufige Gewalttätigkeiten gestört worden.“<sup>83</sup> In England hat er schon aufgrund seiner unmittelbaren Erfahrungen seine Überzeugung zum Ausdruck gebracht, daß für die Ausgestaltung der öffentlichen Meinung außer den Tageszeitungen die Volksversammlung, die — seines Erachtens — bei den Franzosen fehlt, das geeignetste Mittel sei, weil viele Bürger, „die in die Versammlung unentschlossen eintreten, nach dem Hören des Redners ein Prinzip erhalten. Und ein Prinzip zu haben sei immer nützlicher für die Gesellschaft, als nicht zu haben, denn dann komme die Gleichgültigkeit,“ die zu allgemeiner Stagnation führe und die Bürgerkrieg nur in diesem Zustand lange dauern könnte.<sup>84</sup>

Der Beobachtung unseres das Ausland besichtigenden Landsmanns gemäß gebührt dem englischen Volk — außerdem daß „es berechtigt ist dort und dann wo es wünscht öffentlich zu versammeln“ — das Recht der *Beschwerde, des Gesuchs — und der Antragsstellung*. Es sei ihm nicht verboten, diese Rechte auch in Verbindung mit den Volksversammlungen zu gebrauchen, weil in diesen einem jeden gestattet ist, „Anträge zu stellen, diese ganz frei zu begründen“ und die genehmigten Beschlüsse, „wenn diese sich auf die Gesetzgebung beziehen, dem Parlament, wenn auf die Regierung, dann den Ministern oder Seiner Majestät selber einzureichen“. Die Volksversammlungen „bewahren dem Volk die Freiheit, für die Freiheit die Ruhe und den Frieden dadurch, daß die Ideen und Prinzipien sich heimlich zu verzweigen nicht gezwungen werden, sondern sie immer öffentlich, im Sonnenschein bleiben, in dem die Guten sich erhalten, die Schlechten aber untergehen“. Wir möchten noch erwähnen, daß — wie Szemere bezeugt — in England die Programme der Volksversammlungen (sicherlich nur der wichtigeren) in Zeitungen und durch Anschläge einige Tage früher veröffentlicht wurden. Dann wurde der Vorsitzende von denen, die in der bestimmten Zeit und Stelle erschienen, gewöhnlich mit Akklamation gewählt. Nach der Eröffnung durch den Vorsitzenden — schreibt unser Reisender — folgen die Anträge so, daß sie durch den Redner eingebracht sind, und ein anderer sie befürwortet. Im Falle von vier Anträge sprechen deshalb mindestens acht Redner. Es können aber auch viele andere sprechen. Da gewöhnlich solche Menschen versammeln, die identische Meinungen haben, „ohne die Anträge zu analysieren, werden die Beschlüsse mit lärmvollen Empfehlungen entschieden“. Die von der Versammlung Abgehenden „schreiben ihre Namen unter die schon vorher geschriebenen Beschlüsse, wenn die darin enthaltenen mit ihrer Ansicht übereinstimmen. „Die parlamentarischen Ersuchen werden in dieser Weise verfertigt, unterzeichnet von mehr als einen Million Menschen.“<sup>85</sup> Die Petitionen der Chartisten können als vortreffliche Beispiels dienen um dies zu beweisen.

<sup>83</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 172.

<sup>84</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 114.

<sup>85</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 27—29.

Unser Verfasser beschäftigte sich kaum mit den Augen des Juristen mit den Problemen des *Vereinigungsrechts*. Doch hat er als notwendig beurteilt zu bemerken, daß in England unter den Vereinigungen die Klubs und Casinos mächtige moralische Kraftnester für die Erledigung der öffentlichen Angelegenheiten seien, in denen selbst die Fahrlässigsten und Indolentesten zu teilnehmenden Bürgern gebildet werden. Und andere Vereinigungen ermöglichen, daß sie ihre Kräfte „zur Vermehrung der Freuden des Lebens“ lenken mögen. In England gestalten sich die verschiedensten Variationen der Vereinigungen aus. Eine von diesen erobert und besitzt z.B. Ostindien, andere bauen Schiffe und handeln mit den „wilden Menschen — der Südländern“, andere pflegen das Schulwesen, sie opfern Millionen an Büchern, Lehrer, Freischulen, bauen Fabriken mit wirtschaftlichen Zwecken, lassen Bergwerke und Gruben sowie Eisenbahnen bauen, kanalisieren. Wenn einer von ihnen mit Luchsaugen nur den Vorteil sieht, spendiert der andere neben den wirtschaftlichen Zwecken mit humanitärer Tendenz ungeheure Summen auch auf die Aufhebung der Sklaverei oder im Interesse der Wissenschaften läßt um die Erdkugel und zum Nord — um Südpol Reisen machen.<sup>86</sup>

Bertalan Szemere, der eine Anschauung entscheidend öffentlichrechtlichen (verfassungs-, verwaltungs-, straf-, strafverfahrensrechtlichen) Charakters hat, sich mit den Problemen des bürgerlichen Eigentums in seinem Reisebuch lieber nur tangentiell beschäftigte. So hat er z.B. während seines Aufenthaltes in England betont, daß die britische Wirtschaft besonders die Industrie „durch den Mut und die freie Zirkulation des Besitzes“ auf sein hohes Niveau gehoben wurde.<sup>87</sup> In Frankreich zitierte er §§ 8—9 aus dem Kapitel „Die öffentlichen Rechte der Franzosen“ der Carta v.J. 1830, wonach „8. Alle *Privatbesitze* sind unverletzbar, auch die sog. nationalen (entscheidend die ehemaligen Kirchlichen) sind nicht ausgenommen, nachdem das Gesetz keinen Unterschied zwischen diesen macht. 9. Das Land mag aus einem gesetzmäßig als *Gemeininteresse* erwiesenen Grunde erfordern, daß ein Besitz aufgeopfert wird aber nur mit einem *im voraus zu gebenden Schadenersatz*“ (die Möglichkeit der Enteignung).<sup>88</sup> Er äußerte sich verschleierte als er einer Stelle — sicherlich daran denkend, daß ungarische feudale Eigentum zu verwerfen sei — darüber schreibt, daß er in Paris den ungarischen Eigentümer eines Kaffeehauses besichtigte, der zuhause zuerst aus Kutscher zu einem gemeinen Husar geworden ist, dreimal in französische Kriegsgefangenschaft geriet und schließlich in Paris blieb, „mit seinem Fleiß ein hübsches Kaffeehaus hält. Nach einigen Jahren werde er zurücktreten, um aus seinem zinsenden Kapital von 4—5 tausend Frs als ein Ehrenmann zu leben. Ich möchte — schrieb er weiterhin — wenn du hörtest, mit was für einem Gefühl er über das in seiner Erinnerung lebende bauerliche Schicksal spricht. Und es ist gleichwohl unbegreiflich, wie groß sein Vaterlandsliebe sein soll, daß dieser Mensch“, der zuhause ein Analphabet war und jetzt nur französisch schreiben und lesen kann, „nicht sterben will, bevor er den Boden des Vaterlandes, wo er geboren ist, noch einmal sieht“.<sup>89</sup> Der junge Jurist wurde in Frankreich aufmerksam auf die Bedeutung des *Eigentumsrechts der Geistesschöpfungen*. Er gab offen Ausdruck seinem Wunsch, das auch in unserem Land ein Gesetz im Geiste des vom französischen Nationalkonvent er-

<sup>86</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 50—51.

<sup>87</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 52.

<sup>88</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 207—208.

<sup>89</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 115—116.

schaffenen Gesetzes v.J. 1792 gegeben werden sollte, wonach alle, der Gesellschaft nützlich neuen Ideen, Offenbarungen, deren Erörterung das Eigentum der Erfinder sei, in deren Interesse es feststellt, „daß die Prinzipien sowohl der Gerechtigkeit als auch der öffentlichen Ordnung und des nationalen Interesses die Sanktionierung dieses Besitzes (der Erfindungen) durch das Gesetz und seine Unterstützung dringend befehlen.“<sup>90</sup> Verhüllt wird jedenfalls die Geltendmachung dieser Prinzipien vielleicht schon durch das erwähnte Gesetz — durch Szemere jedenfalls auf alle Fälle — mindestens auch auf die Schöpfungen der Künstler in Literatur (Schriftsteller, Dichter, Schauspiel-dichter) und der Komponisten.<sup>91</sup>

Bertalan Szemere ging aus einem solchen Land auf seine west-europäische Studienreise, dessen Bevölkerung rechtlich in vielen Beziehungen zu vielen Religionen gehörte. Es war unter anderen auch deshalb, daß der kalvinistische Junge, der einer, von den im Lande herrschenden und in Mehrheit befindlichen *katolischen* Konfession abweichenden Religion folgte und so verhältnismäßig noch immer in einem nachteiligen Situation war, darauf aufmerksam wurde, wie sich die *Religionsfreiheit* in Ländern, die des Feudalismus schon mehr oder weniger entgingen. Dann führte er wiederholt zwei Artikel aus der französischen Charta v.J. 1830 an: „5. Jedermann darf seine Religion *mit gleicher Freiheit* ausüben und sein Gottesdienst hat an demselben Schutz teil 6. Die Geistlichen der von der Mehrheit der Franzosen befolgten apostolischen römisch-katholischen Religion und der anderen christlichen Religionen werden aus der Staatskasse gezahlt.“<sup>92</sup> Er machte auch darauf aufmerksam, daß der Franzose niemals fragt, was für eine Religion jemand hat und vergißt, wenn er dies erkennt. Es ist eine direkte Folge davon, daß „in die Tafel der Deputierten auch Juden eingewählt werden konnten“. Nichtsdestoweniger sei auch hier die Lage, daß „die Religion auch hier eine heilige Wissenschaft ist, ihr Urquell ist die Seele, ihr Kreis ist die Familie“. Dies sei aber, seinen Feststellungen nach, nur für die Mittelklasse gültig, „die jetzt das Schicksal von Frankreich lenkt“.<sup>93</sup> In London war er in den Kirchen mehrerer Konfessionen, von denen — mit Rücksicht auf das Verhalten ihrer Mitglieder — die Quakers am meisten seinen Beifall fanden.<sup>94</sup> Er schrieb mit ungestreitbarer Sympathie auch darüber im königlichen St. James Park, daß „ein bürgerlich gekleideter methodistischer Mensch zuerst mit verzücktem Pathos betete, predigend danach mehr als eine Stunde lang. Viele umsaßen ihn. Die Zustimmenden und Glaubensgenossen haben entblößten Hauptes zugehört, andere lächelten, ... aber *niemand hat ihn verstört*.“<sup>95</sup> Und in Schottland beobachtete er, daß „der Schotte streng religiös ist. Bei ihm ist der jüdische Samstag der Sonntag. Dann dringt sich das Volk in die Kirche.“ In Edinburgh hatten seinerzeit 16 Konfessionen ihre eigenen Kirchen, unter denen die aus einer neulich aufgebauten Kapelle heraustretenden Gläubigen nicht sagen konnten, welcher Konfession die Kapelle gehöre. Nur der Kirchendiener teilte schließlich mit, daß sie keiner der Konfessionen gehöre, sondern sie das für die von anderen demolierte „wahre, originelle und reine Religion“ aufbauen wollten deren Name „*die neue apostolische*

<sup>90</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 114—115.

<sup>91</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 194—196.

<sup>92</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 207.

<sup>93</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 237.

<sup>94</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 9—10.

<sup>95</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 8.

christliche Religion" sei.<sup>96</sup> Er gedachte, schon als Heimkehrer, während seiner Reise neben dem Rhein mit besonderer Betonung des traurigen Schicksals „der reformierten Pastoren, ihrer Witwen und Waisen" und daß er die für ihre Unterstützung in verschiedenen Ländern (Paris, Böhmen, Sachsen, Preußen, England und in der Schweiz) aufgebauten Institutionen gründlich studierte und als Ergebnis dieser Untersuchung zwei Maßnahmen für notwendig halte: „Zuerst zu sichern das Schicksal des Pastors; zweitens, wenn dieser starb, seine Familie zu helfen." Um dem Pastor Sicherheit zu geben, der auf der Erde den schönsten und wichtigsten Beruf hat", soll die Regel, die bei den Evangelikern allgemein verbreitet ist, angenommen werden. Diesem nach a) soll das Recht der Einladung auf das Amt des Pastors der Kirche zukommen, die aber den Eingeladenen aus seinem Amt nicht entfernen, sondern ihn nur anklagen könne; „das Urteil soll von der Superintendentur gefällt werden". b) Niemand soll zum Pastor konsekriert werden, solange er zu einer Kirchengemeinde nicht berufen ist; aber niemand könne durch eine solche Kirche berufen werden, die einen von einem kirchlichen Gericht nicht verurteilten Pastor hat. Die Witwen und Waisen der Pastoren können nur in einer Weise unterstützt werden: durch eine Stiftung zu ihren Gunsten.<sup>97</sup> Es dürfte vielleicht nicht ganz ohne Interesse sein zu bemerken, daß unser Reisebeschreiber — sicherlich seiner Religion zufolge — die in seinem Vaterland in Minderheit seiend, dennoch verhältnismäßig in einer ungünstigeren Lage als die Katholiker waren nur vom Elend der in riesengroßer Mehrheit befindlichen irischen Katholiker in Dublin schrieb, ohne ihre Religion zu erwähnen, von ihrer Kolonisiertheit durch die Engländer. Dies ist natürlich, was zwar selber sehr anerkennenswert ist, von ihrer religiösen Unterdrückung aber nur in einer ganz vorausgesetzten Form, mit Fragezeichen gesprochen hat.<sup>98</sup>

#### IV.

Um auf einige Probleme der Staatsorganisation über zugehen, hat Bertalan Szemere, der aus einem ständischen Land mit einem Landtag mit Zweikammersystem in Westeuropa einen langen Weg befuhr, als seine Aufgabe angesehen, auch die dortigen, besonders die französische und die englische Körper der Gesetzgebung zu studieren. Er konnte soviel ohne besondere Anstrengung feststellen — sogar auch von Haus aus wissen — daß in den erwähnten Staaten — ähnlich wie in unserem Land — eine gesetzgebende Körperschaft mit zwei Kammern neben dem König funktioniert: in Frankreich das Haus der Pairs (*Chambre des Pairs*) und die Deputiertenkammer (*Chambre des Députés*) und in England das Haus der Lords (*House of Lords*) und das Unterhaus (*House of Commons*). Seine Lage war leichter in Frank-

<sup>96</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 146—147.

<sup>97</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 204—208. — Als das Ergebnis seiner bezüglichen Bemerkungen und Folgerungen hat er eines seiner Werke in der Form eines Antrages veröffentlicht: [Szemere, Bertalan]: Terve egy papi özvegy- és árvatárról s arról, miképp lehet a pap sorsát biztosítani a reformátusoknál (Der Plan von einem Fonds für die Witwen und Waisen der Geistlichen und davon, wie das Schicksal des Geistlichen bei den Reformierten gesichert werden kann). Pest 1840. — Das Werk mit Unterschrift „... R. A. ..." war der Mitteilung des Pál Gulyás nach (Magyar írói álnévlexikon. (Lexikon der Pseudonyme der ungarischen Schriftsteller.) Budapest, 1978<sup>2</sup>, S. 364) das Werk des Szemere.



reich, im Kenntnisse der Verfassung d.J. 1830 und der diese ergänzenden Verfassungsänderungen v.J. 1831, als in England, wo er — abgesehen vom Abgeordnetenwahlrecht nur aufgrund der Beobachtung der Praxis ein Resultat erzielen konnte.

In Frankreich wurde das Haus der Pairs der Verfassung gemäß zusammen mit dem Abgeordnetenhaus vom König einberufen, ausgenommen wenn es als ein Gericht zusammenkam, um im Sinne eines erst später zu gebenden Gesetzes über Majestätsbeleidigung, staatsgefährdende Straftaten Recht zu sprechen. Der Präsident dieser Körperschaft war der Kanzler, wenn er den Vorsitz nicht führen konnte, hat der vom König ernannte pair das Amt des Präsidenten übernommen. Mit der Ausnahme der *königlichen Prinzen*, die geborenen pairs waren und in Rang nach dem Präsidenten standen, alle anderen vom König ernannt wurden, in unbestimmter Zahl, lebenslänglich von den Hauptbeamten (z.B. die Feldmarschälle, Admiräle, Minister, Botschafter, Richter und Staatsanwälte höheren Ranges, die Richter und Räte größerer Städte, die Mitglieder, und die Vorsitzenden der in départements organisierten Räte), häufig nach der Bedienung einer bestimmten Aktivdienstzeit oder nach der mehrmaligen Bekleidung eines Dienstes (z.B. die vor den départements stehenden Präfekten mindestens nach einem Dienst von 10 Jahren, die Gouverneure der Kolonien mindestens nach einem Dienst von 5 Jahren); von den Ehrenmitgliedern der vier Akademien und von denen, die mindestens drei Jahre lang 3.000 Frs jährliche direkte Steuer zahlten. Vorschriftsgemäß sollten die Sitzungen des Pairskammer mit denen des Abgeordnetenhauses in derselben Zeit gebinnen und enden. Ihre Mitglieder bekamen Platz im Sitzungssaal seit ihrem 25. Lebensalter aber erst nach der Vollendung ihres 30. Lebensjahres konnten sie abstimmen. Ein pair konnte nur durch die Pairskammer verhaftet oder verurteilt werden. Diese Kammer, ebenso wie das Abgeordnetenhaus, sollte öffentliche Sitzungen halten.<sup>98</sup>

Bertalan Szemere konnte, wahrscheinlich nur einmal, eine Eintrittskarte verschaffen und besichtigte die im luxembourghischen Palast befindliche, an ein Amphitheater erinnernde kleine Galerie der Pairskammer, wo kaum eine andere Zuhörerschaft zu finden war, abgesehen von den sich langweilenden Nationalgardisten im Dienste, und den ihre Pflicht erfüllenden Stenographen. „Alles trägt — schreibt der Verfasser — die Farbe der altertümlichkeit. Die Pairs erscheinen in Fräcken mit ärmelaufschlägen und gold angestickten Krägen, mit Sternen (Auszeichnungen) an ihren Brüsten.“ Sie konferieren nicht, sondern lieber plaudern, wie es in den Salons üblich ist. Nach den Gesehenen hat unser junger Reisender seine Schlußfolgerung erklärt: „Ich verstärkte mich auch hier in meiner Vermutung, daß in den Herrenhäusern nicht die Superiorität der Seele herrsche, sondern viel mehr die äußere würde die Güte des Privatcharakters, die Rücksicht, das Alter, das mit Erfahrung, die seelenlose Mäßigung, die mit Klugheit verwechselt wird. Bei der Gelegenheit öffentlicher Debatten fühle ich hier oft, ebenso wie ich es zuhause fühlte, daß ich den zu nüchternen Menschen nicht gern habe. In ihren Brüsten erlöscht die Humanität, wenn sie nicht sorgfältig und ständig ernährt wird: Hauptsächlich ist die Vaterlandsliebe kein solcher Trieb, zusammengewachsen mit dem Körper, als etwas zu sehen, fühlen, dursten,

<sup>98</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 156—166.

<sup>99</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 209—210.

hüngern: man soll lernen, das Vaterland zu lieben, dies ist ein großes Studium."<sup>100</sup>

Bertalan Szemere hatte keine bessere Meinung selbst über das englische „Oberhaus“, das House of Lords. „Zehn, fünfzehn Lords erscheinen, sie beraten nicht, debattieren nicht — schreibt unser junger Jurist — nur unterhalten sich miteinander, als ob sie sich miteinander über das Gentilwesen der Hausleute beräteten.“ Im Hause der Lords wurde das Präsidium vom Lordkanzler versehen, zur Abhaltung der Sitzung war aber genug wenn drei Mitglieder erschienen (*tres faciunt collegium*). Es ist eine besondere Eigentümlichkeit der Auffassung der englischen Großherren, daß die abwesenden Lords „Stimme auch durch andere geben zu können berechtigt sind“. In den Sitzungen der peers herrschten „Kälte“, „Heimtücke vom Hof“ und Langlebigkeit. Das Haus der Lords „denkt, daß es allein der treue Verteidiger des Volksrechts sei. Weil es ruhig spricht, erfordert allein über alles zu richten.“ Im allgemeinen verhandelten und entschieden die zwei Tafeln separiert, sie verkehrten miteinander schriftlich. Aber in einer gemischten Sitzung in der „freien öffentlichen Konferenz“, wo die Anzahl der Abgelegten das doppelte der Lords war, war die Begutachtung (wir betonen: nicht die Beschlußfassung) möglich. Schließlich noch soviel, daß mit Ausnahme der Gesetzesantrages über Steuern, selbst ein Amendement nicht vorschlagen konnte, auch das Haus der Lords Gesetze initiieren konnte.<sup>101</sup>

Ganz andere Ergebnisse wurden von dem von seinem Vaterland lange entfernten Jungen scharfen Verstandes erreicht, als er die aufgrund der bürgerlichen Volksvertretung organisierten Abgeordneten Häuser der dann entwickeltesten westlichen Länder untersuchte. „Wer das verbreitet — sagt er — daß die ungarische (feudal-ständische) Tafel der Abgeordneten in der Hinsicht der inneren Verwaltung des Landes vollkommener und sinnvollere sei, als die volksvertretenden Körperschaften aller anderen Völker, sollst Du diesem nicht glauben, denn er träumt nur. Ja sogar ist unsere Tafel mangelhafter mindestens als die französische und englische Tafeln, eben deshalb, weil unsere Abgeordnetentafel sozusagen aus einem einzelnen Element besteht (Tafelrichter, Rechtsanwalt, Beamter), die andere aber ist aus mehreren Elementen geformt, „unter ihnen sind Minister, Soldaten, Richter, Diplomaten; diejenigen, die sich mit Wirtschaft beschäftigen, Ärzte Rechtsanwälte und Gelehrte zu finden. Das Hinein mischen der letzteren ist umso wichtiger,“ weil die nur Menschen des Praxis sind, sind in die Wissenschaft nicht hineingedrungen, die sofort steckenbleiben, falls der Fall außerhalb ihrer Erfahrung ist. Deshalb sind der Ausgang und der Erfolg überaus zweifelhaft, wenn der status nur durch empirische Männer geführt wird.“<sup>102</sup>

Was die französische Abgeordneten Tafel belangt, hat die von Szemere besprochene *Carta v.J. 1830*, die die eingehende Regulierung des Wahlrechts einem später zu gebenden Gesetz an vertraut hatte, ausgesagt, daß die Abgeordneten von den Wahlkollegien für 5 Jahre in den départements, von mindestens 50, über die von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen disponierenden, ihr 30-stes Lebensjahr vollendeten und nicht fragwürdigen Männern gewählt werden. Die gewählten Abgeordneten sollten mindestens zur Hälfte die wirklichen oder politischen Bewohner des zur Frage stehenden

<sup>100</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 188—189.

<sup>101</sup> *Reise* 1845. Bd. 2. S. 43—47.

<sup>102</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 182—183.

département sein. Wenn die in der Charta näher nicht bestimmten, „gehörige Beträge Zahlenden“ 50 Personen im département nicht zu finden waren, sollte die Zahl der wählbaren Personen von den das meiste zahlenden ergänzt werden. Die Vorsitzenden der Wahlkollegien werden von den Wählern, der Präsident des Abgeordnetenhauses von den Abgeordneten gewählt. Die Sitzungen des Abgeordnetenhauses sind im allgemeinen öffentlich, sie können aber sich auf das Ansuchen von fünf Mitgliedern zu Geheimsitzungen verwandeln. Nach der Konstituierung werden Ämter aus Abgeordneten zustandegebracht, um sich über die königlichen Vorschläge auseinanderzusetzen. Ähnlich dem König und dem Pairshaus mag auch diese Tafel das Gesetzesinitiativrecht ausüben — im Fall der Steuergesetze primär — die Grundsteuer hat sie für ein Jahr, die Nebensteuern für mehrere Jahre bestimmt. Ihr Beschluß wird mit der Zustimmung des Pairshauses und mit königlicher Sanktionierung zu Gesetz werden. Die Abgeordneten bekommen in soviel eine besondere Verteidigung, daß sie während der Sitzung, sowohl davor und danach sechs Wochen lang nicht in Haft genommen werden dürfen, bzw. ohne die Bewilligung des Abgeordnetenhauses im Strafprozeß nicht vorgeladet werden, ausgenommen im Betretungsfalle. Der Verfassung gemäß ist der König verpflichtet, die Tafeln jährlich zusammenzurufen. Er kann ihre Sitzungen vertagen und die Abgeordnetentafel auch auflösen. Aber im letzten Fall ist er auch verpflichtet, in drei Monaten eine neue Tafel zusammen — zurufen.<sup>103</sup>

Bertalan Szemere hat an einer anderen Stelle seines Werkes das *französische System der Abgeordnetenwahl* eingehend besprochen. Seinen Besprechungen nach kann Wähler werden: 1. wer französischer Bürger ist und so sein Vaterlandsliebe gesichert ist, 2. wer sein 25 Jahre vollendet hat (welches Alter für die geistige Reife genügend ist), 3. wer 200 Forint (richtiger sicherlich Frs) gerade Steuer zahlt (in irgendeinem Teil des Landes, separiert, sei es auch in kleineren Summen). Dies ist eine Garantie des Bestehens des Interesses in der Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens. Es sing befreit von dieser letzteren Bedingung: die Mitglieder des „Instituts“ und die mit 1.200 Frs pensionierten Offiziere, obwohl sie nur 100 Frs Steuer zahlen. Bei den Kompossessoren wird die durch den Eigentümer eingezahlte Steuer — bei denen, die den Grundbesitz mindestens für neun Jahre lang mieten — in eindrittel in Betracht genommen, ihrem Prozentsatz entsprechend. Von ihm wird dieses ein-drittel nicht abgezogen, und bei den Frauen kann das Wahlrecht nur durch ihre Kinder oder durch solche Verwandten ausgeübt werden, unter dessen Namen sie die Steuer zahlen lassen. Wenn im Wahlbezirk mindestens 150 Wahlberechtigte nicht zu finden wären, ihre Zahl soll auf diese Zahl von denen, die die höchste Steuer Zahlen ergänzt werden und es soll auch für 10 Reservepersonen sorgen. Es ist nur in einem Bezirk möglich abzustimmen: entweder in dem tatsächlichen oder der politischen Wohnsitz, wenn die betreffende Person im letzteren dein ständiger Bewohner ist aber er mindestens einen Teil seiner Steuer dort gezahlt hat und bei der Zuständig Keitsbehörde eingemeldet hat, daß er sein Wahlrecht dort ausüben will. Die Wahlberechtigten werden in eine zu veröffentliche *Namensliste* aufgenommen, die jährlich der Rangordnung der Verwaltungseinheiten entsprechend überprüft werden. Mit Ausnahme der Verstorbenen kann jeder-mann aus der Liste nur vom Präfekt nach seiner Anhörung gelöscht werden,

<sup>103</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 308, 210—211.

Derselbe kann auf die Liste diejenigen aufnehmen, die inzwischen das Wahlrecht erworben haben. Gegen die Entscheidung des Präfekts konnte eine Einrufung eingelegt werden, vorgelegt beim Präfekt selber, zum königlichen und davon zum cassations-Richterstuhl, wo die Sache kurz entschieden wird. Es können gewählt werden: diejenigen die mindestens 30 Jahre alt sind und minimal 500 Frs direkte Steuer zahlen. Wenn es nicht mindestens 50 solche Personen im département gibt, sollen sie von den die meiste Steuer zahlenden auf diese Anzahl ergänzt werden. Mindestens eine Hälfte der gewählten Abgeordneten soll im département mindestens einen politischen Wohnsitz haben. Wenn es nicht diesem Verhältnis entsprechende Gewählte sind, wird das Abgeordnetenhaus durchs Los entscheiden, in welchem Wahlbezirk anstatt des fremden ein neuer Abgeordneter gewählt werden soll. Die Beamten der départements von der Regierung genannt werden, können teilweise in ihrem eigenen département, teilweise nirgendwo gewählt werden. Die an mehreren Stellen zu Abgeordneten gewählt wurden, können von den Abgeordnetenstellen frei aber nur eine Stelle besetzen. Von der Art und Weise der Wahl soviel, daß die Wahlkörper, wenn sie mehr als 600 Mitglieder haben, sich in kleinere Einheiten teilen. Dann wählt jeder einen Vorsitzenden und Stimmensammler und diese einem Sekretär. In keinem Wahlabstimmungslokal soll sich ohne die Instruktion des Vorsitzenden eine bewaffnete Macht aufhalten. Die Abstimmung geschieht geheim ein Wähler kann nur einmal abstimmen. Über die an den Wahlen Geschehenen führt der Sekretär ein genaues Protokoll. Bei den ersten zwei Gelegenheiten, bei der *Abstimmung des Drittels* der Mitgliederschaft des Wahlkörpers kann sich nur jener als gewählter Abgeordneter ansehen, der *mehr als die Hälfte* der Stimmen erhielt. Nach zweimaliger erfolgloser Abstimmung stimmen sie zum dritten Male auf die früher die meisten Stimmenerhaltenen zwei Kandidaten mit einer Kugel und im Falle von Stimmengleichheit wird der Ältere zum Abgeordneten. Unser junger Jurist versäumte nicht zu erwähnen, daß „ein souveräner Richter aller Wahlprobleme die Abgeordnetentafel selber ist“. Vernichtet diese das Mandat, dann soll ohne die Möglichkeit irgend eines Rechtsbehelfes eine neue Wahl gehalten werden. Der Verfasser knüpfte keine weitere Kritik zur Besprechung des französischen Wahlsystems. Aber er erwähnte jedoch soviel, daß ein Wähler nur auf jede 153 Personen fällt deren Gesamtzahl, als er dort war, 216 341 war, während in derselben Zeit die Bevölkerung Frankreichs 33 540 908 war.<sup>104</sup>

Unser junger Reisender hat auch nicht versäumt, die Organisation und Verhandlungsweise der französischen Abgeordnetentafel zur Schau zu stellen. Was die Organisationsfragen betrifft, referierte er davon, daß an der ersten Sitzung bei dem Vorsitz des ältesten Gewählten und dem Sekretariat der vier jüngsten Gewählten das Haus sich durchs Los auf neun Mandatskommissionen (bureau) zerteilte.

Diese haben aufgrund der ihnen zur Verfügung gestellten Wahlprotokolle begutachtet, ob die erwähnte Person als eine gesetzmäßig gewählte Person als eine gesetzmäßig gewählte Person angesehen werden kann oder nicht. Das Ergebnis der „offiziellen“ Prüfung haben die in den Kommissionen gewählten „Berichterstatter“ dem Haus referiert, und der *Alterspräsident* des Hauses erklärte diejenigen, gegen deren Wahl keine Einwendung auftauchte, für Abgeordneten. Danach haben die gesetzmäßigen Abgeordneten mit ge-

<sup>104</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 116—118.

heimer Stimmung einen Vorsitzenden, vier Vizevorsitzenden und vier Sekretäre gewählt. Der Vorsitzende führe die Aufsicht über die Ordnung, gab das Wort demjenigen, der sprechen wollte: in der selben Angelegenheit aber zu einem mehr als zweimaligen Beitrag nur mit der Zustimmung der Tafel. Er legte Fragen vor, verkündete des Ergebnis der Abstimmung, gab Information über die bei der Tafel eingekommenen Schriften. Er hat mit Übereinstimmung mit dem Willen der Tafel die Sitzung geöffnet, geschlossen, bzw. die Tagesordnung festgestellt. Wollte er auch in der Debatte teilnehmen, so sollte er seinen Vorsitzendenstuhl verlassen. Die Sekretäre haben über die Protokollierung die Aufsicht geführt, diese hervorgelesen, die Namen der sich für Worte meldenden Abgeordneten notiert und die Stimmen gezählt. Zur Beschlußfähigkeit der Abgeordnetentafel wurde erfordert, daß die Mehrheit der Abgeordneten im Sitzungssaal anwesend sei.<sup>105</sup>

Es entwickelte sich in Bertalan Szemere im allgemeinen keine gute Meinung über die Verhandlungsweise der französischen Volk eine sehr günstige Meinung hatte. „Alle Redner sprechen — schrieb er — sehr lange, ein bis vier Stunden lang.“ Diese Länge mag auf drei grundsätzliche Gründe zurückgeführt werden: a) Es ist dem Redner erlaubt, seine Rede zu lesen, b) „die Debatte ist die große Schlacht der Parteien, in deren Namen nur ihre Führer das Wort ergreifen“, und c) der Parteiführer spricht nicht den Anwesenden, sondern mit Hilfe der Zeitungen der ganzen Nation.<sup>106</sup> Er erreichte einen noch kritischeren Standpunkt — obwohl er den ungarischen Verhältnissen gegenüber unausgesprochen auch diesen Umstand verteidigte — als er für das Ergebnis seiner Beobachtungen aufs Papier geworfen hat, daß von den 459 Abgeordneten nur einige Hunderte dem Redner zuhören, „viele miteinander sprechen, andere Briefe schreiben, einige Bücher lesen oder sich in den Ecken unauffällig und ungestört beraten“.<sup>107</sup>

Nicht lange nach der französischen Wahlrechtsreform, in 1832, war auch in England ein Wahlrechtsreformgesetz gemacht, das in seiner Wegbeschreibung auch von Bertalan Szemere besprochen wurde. Er machte dies umso lieber, da er gezwungen war, aus der ersten Auflage seines Werkes dieses Problem auszulassen. Seiner Ansicht nach war das Parlament bis zum Reform-bill in den Händen der Aristokratie und die Rahmen des Parlaments war die siegende Partei die Allmächtige, weil sie das ganze Parlament beherrschte, daß das wie von Delolme gesagt — „eine Frau nicht in Mann, einen Mann nicht in Frau umzuwandeln vermochte“,<sup>108</sup> Im Sinne der Vorschrift des Gesetzes stand Stimmrecht den Grundeigentümern zu, die mindestens Pfund 10 jährliches Einkommen hatten und von den Grundpächtern denen, die nach einem den mindestens für 60 Jahre gepächeten Grund minimum Pfund 10 oder unabhängig von der Pachtzeit minimum Pfund 50, Pachtzins zahlten, und in Städten auch den Eigentümern und Mietern, der mindestens Pfund 10 eintragenden Gebäude, wenn sie auch Armensteuer zahlten. Die Wählerliste wurde gegen die Bezahlung von einem shilling durch den zuständigen — gewiß anglikanischen ekklesiastischen Beamten zusammengestellt und von diesen dem „Schriftführer des Friedensgerichtes“ gesendet. Die Liste wurde jährlich von den Gesetzkundigen überprüft, die von dem älteren Richter des Schwurgerichts ernannt wurden. Die Gesetzkundigen begaben sich mit der

<sup>105</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 125—127.

<sup>106</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 179.

<sup>107</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 187.

<sup>108</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 49.

aufliegenden Liste der Namen an Ort und Stelle, begingen ihre Bezirke und, im Laufe ihres Verfahrens, teils löschten von der Liste deren Namen, die in der Zwischenzeit verstarben oder einem Einwand gegenüber ihr Recht nicht beweisen konnten, teils schrieben deren Namen ein, die unrichtig ausgelassen wurden, wenn die Träger von all diesen sich bei den ekklesiastischen Ämtern meldeten. Die Abgesandten haben die überprüften und richtiggestellten Listen dem „friedensrichterlichen Schriftführer“ zukommen lassen, der das, in ein Buch kopierte Exemplar zwecks Druck dem Sheriff übersendete. Das Recht der Wählbarkeit steht denen zu, die auf dem Lande mindestens seit sieben Jahren aus ihrem Grundbesitz minimum Pfund 600, in der Stadt aber ohne zeitliche Beschränkung minimum Pfund 300, jährlich gehabt und dies mit einem Eid bekräftigt haben. Der Gewählte war verpflichtet, das Abgeordnetenmandat anzunehmen, wenn er aber an mehreren Stellen gewählt wurde, konnte er nur eine einzige Stelle besetzen. Es konnten nicht rechtmäßig Wahlkandidaten sein diejenigen, die kein Wahlrecht hatten, die Fremden selbst wenn sie die englische Staatsangehörigkeit erworben. Und es konnten größtenteils auch die Regierungsbeamten nicht Kandidaten werden. In den Wahlstreitigkeiten war die von den Gemeinschaften mit geheimer Abstimmung delegierte, der Schwurgerichtspraxis entsprechend mit der Mitwirkung der interessierten Parteien ausgebildete Kommission tätig und sie fällte Urteil. Der rechtmäßig Gewählte wurde der Abgeordnete nicht nur — wie dann bei uns — des besonderen Komitats und der Stadt, die ihn gewählt haben — betonte Szemere — sondern der ganzen Nation.<sup>109</sup> Der junge Reisende hat — als eine begründete Kritik — die Aufmerksamkeit darauf gerufen, daß der nur teilweisen Proportionierung der Wahlbezirke zufolge (das Reformgesetz hat die Städte, die mindestens 2.000 Einwohner nicht haben, des Rechtes der Abgesandtschaftsendung entkleidet und die Besetzung der so frei gewordenen Abgeordnetenstellen dem Manchester mit 200.000 Bewohnern anvertraut, dessen Bevölkerung früher nicht wählen konnte), und offensichtlich der Disproportion der Einkommen zufolge in den verschiedenen Ländern: a) in England kam ein Wähler auf jede 21-ste, in Schottland auf 36-ste, in Irland auf 84-ste Person, in den drei Ländern zusammen auf jede 29-ste Person, b) in den Städten hatte der 18-te, in den Komitaten hingegen der 37-ste Teil der Bevölkerung Stimmrecht.<sup>110</sup>

Das Parlament wurde durch den König zusammengerufen deshalb hat bei der Gelegenheit der allgemeinen Wahlen der Kanzler die Eröffnung des Parlaments den Sheriffs mit einer vierzig Tage früheren Datierung geschickt.<sup>111</sup> Die Abhaltung der Zwischenwahlen wurde aus dem Willen des Abgeordnetenhauses von dessen Vorsitzenden (speaker) verordnet, durch den kanzellarischen Schriftführer. Der Sheriff war verpflichtet, die Verordnung in zwei Tagen nach ihrem Erhalt auf dem gewohnten Ort der Wahl zu veröffentlichen und die in mindestens 10, höchstens 16 Tagen zu haltende Wahlversammlung zusammenzurufen. Er vernannte den Vorsitzenden des Wahlausschusses, die Schriftführer und „von den Freunden der Kandidaten die Zeugnis ablegenden Personen“. Das Militär war verpflichtet, sich auf dem der Wahl verangehenden Tage von der Stelle der Wahlversammlung mindestens

<sup>109</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 19—21.

<sup>110</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 21—22. 120.

<sup>111</sup> Bertalan Szemere sprach nur die Art und Weise der Komitatswahlen, erwähnend daß es einige aber nur wenige Unterschiede zwischen den Wahlen in Komitaten und in Städten zu finden sind. Reise 1845. Bd. 2. S. 21.

zwei englische Meilen zu entfernen und konnte nur nach zwei Tagen nach der Abwicklung der Wahlen zurückkehren. Die Wahl konnte — nach der Empfehlung der Kandidaten durch ihre Freunde und nach seiner Rede zu den Anwesenden — mit Händeaufheben geschehen. Wenn aber die unterliegende Partei Abstimmung empfählt, konnte auch diese nicht verleugnet werden. Die Abstimmung sollte höchstens während zwei Tagen in den abgesonderten Brettergebäuden der Ekklesien zwischen acht Uhr morgens und vier Uhr nachmittags gehalten werden. Es wurde neben die Namen der persönlich erschienenen Votierenden geschrieben, auf wen sie ihre Stimmen gaben. Nach Beendigung der Abstimmung wurden die abgeschlossenen Namenslisten von den Schriftführern besiegelt und gegen Bestätigung dem Vorsitzenden übergeben und dieser übermittelte sie mit einem ähnlichen Verfahren dem Sheriff, der am nächsten Tag in der Versammlung der Beamten die Worte zusammenzählen ließ und sie am spätesten um 2 Uhr nachmittags auf dem Platz der Wahl dem Volk kundmachte, und dann dem Kanzler Meldung abstattete. Im Falle der Wahlmißbräuche, wie Szemere besonders betont, hauptsächlich „wenn die Kandidaten bewirten und Worte kaufen, werden sie mit der Vernichtung ihrer Wahl bestraft“<sup>112</sup> Die Stimmenbewerbung war aber auch hier möglich, in den Volksversammlungen, in den Zeitungen, an den Plakaten, in der Flugschriftenverbreitung, auf den Packpapieren der verschiedenen Warenartikel, mit der Verspottung des Gegners und der Glorifikation des eigenen Kandidaten, den sie wählen lassen wollen. All dies kostete sehr viel Geld, so daß es auch eine solche Wahl gab, auf die 60 000 Pfunds gewendet wurde. Die Unterschiede zwischen den englischen und den ungarischen Abgeordnetenwahlen könne dem Verfasser des Buches nach so zusammengefaßt werden“, daß man in England mit Ratschlägen, Listen, Geld, bei uns aber mit Wein und Stock arbeite... und dies sei natürlich, da bei uns die Führer selber nur bemittelt und nur selten vernünftig seien... Im allgemeinen... seien dort die Wähler geführt, bei uns getrieben“.<sup>113</sup>

Die Abgeordnetentafel (Haus der „Gemeinschaften“) hatte 658, mit Verweisung nicht versehene Mitglieder, denen nach dem für die Konstituierung der Gemeinschaft bestimmten Tag noch einige Tage erlaubt wurden, um vor dem „Lordhofmann“ den Eid abzulegen. Dann sollten die vor die Schranken des Hauses der Lords gehen, wo der Lordkanzler ihnen mitgeteilt hat, daß „Seine Majestät die Öffnung des Parlaments bis zur Wahl des speaker verschiebt“. Nach dem Geschehen dieser Wahl nahm der König im Hause der Lords im vollen königlichen Pracht seinen Thron und in seinem Namen gab der „Lordkämmerer“ den adeligen Herolden den Befehl, die Abgeordneten auf sofortige Erscheinung aufzurufen. Der an der Spitze der dem Befehle gehorchenden Abgeordneten erscheinende *speaker* grüßte den König in einer Rede und bat ihm um die Bestätigung der Privilegien der Abgeordnetentafel. Diese waren: „1. Der freie Eingang zu seiner Majestät; 2. Gnade ihm, wenn er in seiner Berichterstattung zu tadeln wäre; 3. Redefreiheit; 4. Immunität den Mitgliedern und ihren Dienern vom Haftbefehl und Vorladung.“ Demzufolge hat der König seine Eröffnungsrede gehalten, dann sind die Abgeordneten in ihren eigenen Sitzungssaal hinübergezogen, „wo zuerst ein Gesetzantrag aufgelesen war, um nicht so auszusehen, daß sie der Rede des Königs Priorität geben, dann kam der Text der (königlichen) Rede“. In den

<sup>112</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 20—21.

<sup>113</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 15—18.

Sitzungen, die sie nachmittags, von vier Uhr ab bis zu den Frühmorgensstunden hielten, nach dem Gebet des Kaplans nahm der speaker den Vorsitzendenstuhl ein; er sprach nur selten, vielmehr nur dann (und zwar erfolgreich), wenn er etwas in Ordnung zu bringen hatte. Rechts von ihm saßen die Minister und ihre Unterstützenden die Mehrheit, und links die Opposition, die Minderheit. Das Verhältnis zwischen den zwei Parteien im Sitzungssaal verharnte, immer weil „aus beiden Parteien die Mitglieder nur paarweise ausscheiden konnten“ mit der Genehmigung des Hauses. Und wenn bei der Behandlung eines wichtigen Gegenstandes das Haus aufgerufen wird, daß alle Mitglieder erscheinen sollen, können die nicht Erscheinenden durch das Haus in Gefangenschaft gelegt werden. Szemere diese scharfe Separierung gesehen, hat das Folgende aufs Papier geworfen: „Ich sah traurig diese scharfe Entzweispaltung und wünschte, daß der Himmel meine Nation davor hüte. Die Meinungsverschiedenheiten sind unvermeidbar, die Parteien sind nicht nötig. Es ist aber nicht zu bestreiten, daß die ständige Abwechselung der whig und tory Regierungen . . . in den Institutionen der Nation die Verflechtung der Prinzipien der Erhaltung und des Fortschritts sicherte“. Das Parlament berated öffentlich, die Hörer konnten nicht nur auf die Galerie, sondern auch in den Sitzungssaal frei eingehen, wenn sie von einem Parlamentsmitglied eine Eintrittskarte bekamen oder dem Türhüter dafür zahlten. Die Abstimmung geschah aber mit der Ausschließung der Hörschaft. Der König hatte das Recht, das Unterhaus (Commons) aufzulösen oder seine Sitzung zu vertagen. Diese letztere hatte die Konsequenz, daß die Erledigung des „nicht entschiedenen“ Antrags neu zu beginnen war. Das Parlament löste sich in jedem siebenten Jahr und sechs Monate nach dem Tode des Königs (wenn im letzten Fall der Thronfolger das Recht der Auflösung schon früher nicht ausgeübt hatte) selber auf. Aber die Auflösung sollte immer von neuen Abgeordnetenwahl gefolgt werden.<sup>114</sup>

## V.

Neben der verhältnismäßig eingehenden Besprechung vieler anderen verfassungsrechtlichen Einrichtungen beschäftigt sich Bertalan Szemere mit den Problemen des *verantwortlichen Ministeriums* eher nur tangential. Er bemerkte schon in Verbindung mit der Hessen—Kasselschen kartalen Verfassung — die er schon in der ersten Auflage seines Werkes so qualifizierte, daß sie zu den besten Verfassungen auf deutschem Land gehören — daß wir darüber nicht zu lachen haben, weil im Sinne ihrer Verfügungen — unter anderen — „die Minister verantwortlich sind“.<sup>115</sup> Er soll, den Zeichen nach, auch den Unterschied zwischen der politischen und rechtlichen Verantwortlichkeiten der Minister erkannt haben. Im Kreise der politischen Verantwortung hat er aufs Papier geworfen, daß „die Regierung in Frankreich auf dem doppelten Prinzip der Gleichheit der bürgerlichen Rechte und der Volksvertretung beruhe“,<sup>116</sup> und in bezug auf England bringt er dies so zum Ausdruck, daß dort nur diejenigen Minister werden können, die die Parlamentsmitglieder derjenigen Partei unterstützen, die in den Abgeordnetenwahlen die Mehrheit

<sup>114</sup> *Reise* 1845. Bd. 2. S. 39—48.

<sup>115</sup> *Reise* 1840. Bd. 1. S. 105. *Reise* 1845. Bd. 1. S. 92.

<sup>116</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 201.



erreicht hatte.<sup>117</sup> Er hat natürlich, obwohl ohne Kommentar, auch die Minister bezüglich den Verfügungen der französischen Verfassung v.J. 1830 veröffentlicht, wonach anstatt des in seiner Person sakrosankten Königs seine Minister verantwortlich sind, die alle die Mitglieder entweder des Ober- oder des Unterhauses (Chambre des Pairs. Chambre des députés) sein könne, in die Sitzungssäle beider Tafeln hineingehen können, dort nach Gefallen das Wort ergreifen. Schließlich könne die Abgeordnetentafel sie — ihrer rechtlichen Verantwortlichkeit zufolge — unter Anschuldigung stellen und die Tafel der Pairs sie verurteilen.<sup>118</sup>

Wir fühlen so, daß unser junger Reisender es *nolens-volens* begründete, warum er sich nicht eingehender mit der Problematik des verantwortlichen Ministeriums, der zentralen Regierung beschäftigte. An einer Stelle gab er der Meinung Ausdruck, daß „das System der Zentralisierung die Ignoranz des Volkes als einen Vorwand dazu verwendete, noch mehrere Mächte in seinen Kreis zu ziehen, obwohl die Zentralisierung, sie es das Beispiel der französischen Regierung zeigt, gegen die Natur sei, weil alle Ortsbehörden ausschließe, die auf der Natur der Dinge und Menschen beruhen“.<sup>119</sup> Nichtsdestoweniger beschrieb Bertalan Szemere auch seine Überzeugung, daß eine gute Regierung möglich sei. Aber er sieht diejenige als eine solche an, „die sich auf die aus der Menge hervorragenden Wesen stützend, im Lande alle Interessen, im Volke alle Ideen durch ihre natürlichen Herren leiten läßt. Eine reale Macht könne sich außer ihr nicht sammeln und entwickeln, weil sie zusammen mit den großen und berühmten Menschen auch die Mengen für sich halte. Und die Regierung könne dies leicht erzielen, wenn sie sich über alle Parteien erheben hält und nicht blinden Gehorsam erfordert, sondern die Vernunft, nicht die Meinung, sondern die Begabung sieht, Dekorationen nicht den Schmeichlern gibt, sondern dem rechtlich verdienten Ruhm. Und die Regierung soll davon nicht halten, daß die größeren Geister ihre Anbietungen abweisen werden, nur daß er in diesen nicht Knechte oder Sklaven sehen soll. Sie soll einen jeden durch und für diejenige Idee rufen, die diese groß machte. Soll sie eine wichtige Arbeit vollführen, so soll sie dazu diejenigen wählen — zu welcher Farbe immer dieser gehöre — der darin als Erster angenommen ist.“<sup>120</sup>

Der andere Grund, um dessen Willen Bertalan Szemere in seiner Wegbeschreibung das Problem der zentralen, verantwortlichen Regierung zwar nicht mißbilligte aber dennoch als eine sekundäre Frage handelte, ist, daß er um die ungarische lokale Selbstverwaltung besorgt war, sein Wunsch, daß er diese als ein Bollwerk gegen den Absolutismus aufrechterhalten wollte. Der für die *Selbstverwaltung der Komitate* begeisterte Junge hat schon am Beginn seiner Reise seine Ansicht geoffenbart, wie große Schade sei, daß das System der Komitate aus den Verfassungen der deutschen Staaten ausgeblieben ist, weil — sagte er — bei uns das Komitatssystem sei, das Komitats-element auch an der Diät auch das Verfassungsleben ins Leben rufe, „hier (in den verfassungsmäßigen deutschen Staaten) hingegen scheint dieser nur an der Diät zu sein, außerhalb dieser nicht... Wenn hier die Macht die Diät

<sup>117</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 211—212.

<sup>118</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 208, 211—212.

<sup>119</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 202. — Bertalan Szemere war genötigt, die angeführte Textstelle aus der ersten Auflage seines Werkes noch auszulassen.

<sup>120</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 203—204. — Die Textteile in Klammern fehlen noch von der ersten Auflage.

über den Haufen wirft, sei der ganze Körper getötet... Die Regierung soll den Schlag hier gegen die Diät ausführen, bei uns gegen die Komitate, wenn sie nach Absolutismus strebt. Unsere Verfassung ist eine Hydra, die 52 Köpfe hat, die anderen erwähnten Verfassungen sind gewöhnliche einköpfige Riesen".<sup>121</sup> Der — fünf Monate auf französischem Gebiet verbringende — Jüngling, der hauptsächlich das öffentliche Leben untersucht hat, — obwohl er gezwungen war, dies aus der ersten Auflage seines Werkes auszulassen — brachte als die schwerwiegendsten Beweisgründe der hiesigen Verhältnisse auf, daß „die Einrichtungen der *Komitate und Ortsbehörden* aus der französischen Verfassung fehlen, obwohl diese eben im Interesse der *Freiheit*, der *Ordnung* nirgends so notwendig wären, wie in Frankreich."<sup>122</sup> Anderswo schreibt er darüber, daß „ebenso wie die Unwissenheit, die die natürliche Verbündete der Zentralisation ist, durch die bessere Erziehung abgelöst wird," so werde auch in Frankreich die Zentralisation quasi von sich selbst durch die Munizipalbehörde abgelöst, weil „die Unwissenheit das Zentralsystem verewigt, ja sogar es notwendig macht, obwohl für das Volk die *Munizipalstruktur* wünschenswert sei".<sup>124</sup>

Unser Verfasser hat nicht versäumt, auch auf die ungarischen Verhältnisse hinzuweisen: „Es gibt in Europa kein Land, zum Geist der Verfassung dessen die Zentralisation so sehr in Widerspruch stünde als zu unsrigem. deshalb sehe ich so traurig, daß die Erscheinungen und Kräfte allerlei Art in unsere Hauptstadt geraten."<sup>125</sup> — Seine angeführten Zeilen waren nicht gegen Pest gerichtet, nachdem er selber auch geschrieben hatte: „Wie viele Komitate sind, aus so vielen miteinander verknüpften Ringen steht auch Ungarn. Jeder Komitat hat sein eigenes Zentrum und soll haben, wenn er noch nicht hat... Pest zu verlassen? Überhaupt nicht. Und Pest soll nicht einmal zurückbleiben. Aber ich möchte, daß ebenso wie in Pest, soll die materiale und moralische Kultur auch in den wichtigsten Städten der Komitate in Gang kommen, so das jedes Komitat ein kleines Pest habe."<sup>126</sup> Von dem höchsten Selbstverwaltungsorgan der Komitate hat der junge Jurist als eine Schlußfolgerung die Folgenden betont: „wären bei uns keine Komitatsversammlungen, so sollten bei uns — nachdem es keine Pressefreiheit gibt — die Guten erstricken und auch die nicht-Adeligen wirklich in diesem peinvollen Zustand schmachten".<sup>127</sup> Der hier angeführte Text sollte — es mag nicht zweifelhaft sein, daß „Dank der Zensur" — aus der ersten Auflage des Werkes des Verfassers ausgelassen werden sollte. Hier beschloß er seine Erörterungen über die notwendige Einführung in Frankreich der Komitatsorganisation und des Komitatslebens damit, daß „wenn über die zentrale und lokale Regierungen mein Tagebuch nichts sagen würde, dann frage den zurückgekehrten Freund und er wird alles *was nicht geschrieben werden konnte*, die gern erzählen".<sup>129</sup>

<sup>121</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 93.

<sup>122</sup> Vgl.: Fußnote 6.

<sup>123</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 183.

<sup>124</sup> Reise 1840. Bd. 1. S. 208—209.

<sup>125</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 169. — Der ganze Text fehlt von der ersten Auflage vom 1. Abs. der S. 169 bis zum Beginn des letzten Absatzes der S. 172. zusammen mit den Zitaten.

<sup>126</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 168.

<sup>127</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 172.

<sup>128</sup> Reise 1840. Bd. 1. S. 173—180.

<sup>129</sup> Reise 1840. Bd. 1. S. 180. — Im angeführten Text wurde die Anweisung, einige Worte zu betonen, dem Schrift setzer von Szemere gegeben.

Wir wünschen unsere Abhandlung mit derjenigen Präsentierung der mitgeteilten Ergebnisse der anderthalb Jahre langen Studienreise des Bertalan Szemere schließen, die zunächst die tüchtige Beobachtung der westeuropäischen und hauptsächlich der französischen Gerichtsbarkeit zeigen. In einer unsere Abhandlungen haben wir die Aufmerksamkeit neben der Besprechung des Kampfes für die Einführung des Schwurgerichtssystems in Ungarn der aber nur halb erfolgreich war, nämlich im Verfahren des Preßvergehens<sup>130</sup> — mit Bezugnahme unter anderen auf die Forschungsergebnisse des Heinrich Mitteis —<sup>131</sup> darauf gerufen, daß Schwurgerichtssystem sich in England schon im Laufe der Jahrhunderte 12—13 ausgestaltete, zuerst in der Form der für die Anklageerhebung, später für die Rechtsprechung berufenen, bzw. kleinen Jury. Und dem Beispiel der Engländer folgend hat auch die Konstituierende Versammlung (*Assemblée Constituante*) in Frankreich über die Schwurgerichte in 1791 ein Gesetz gebracht, die ihre Funktion dort in 1792 begannen.<sup>132</sup> Die Glorie der Priorität steht deshalb zweifellos England zu. Unser junger Reisender beschäftigte sich mit den Problemen der Gerichtsbarkeit, näher der Rechtsprechung der Schwurgerichte dennoch nicht in England, sondern während seines Aufenthalts in Frankreich. Mitte Juli 1837 ging er zwar in York zur Verhandlung einer mit Mord beschuldigten Person von 1 bis 8 Uhr nachmittags, aber daneben, daß ein Richter und die Geschworenen entschieden, hat er eher nur die Formalitäten festgesetzt, mit einer einzigen, mit Bezugnahme auf die der Urteilsfällung folgenden Zeremonie meritorisch würzenden Bemerkung. Der mit einer roten Toge Bekleidete, mit einer langen Perücke ausgeschmückte Richter ließ seine Kutsche nach der Urteilsfällung zu seinem Quartier fahren, in der Weise, daß seine Kutsche aus Pflicht von mehreren begleitet wurde, vorn nacheinander mehrere Lanzenreiter, drei Trompeter mit Wappen versehenen Fahnen und am Ende ging ein Mann in einer roten Jacke und mit einer goldgeschmückten Kappe. Der Festzug wurde hinter der Kutsche von zwei — lange Stöcke in die Höhe haltenden — Fronen geschlossen. Seine meritorische Bemerkung war aber nicht mehr, als: „Diese Zeremonie war in den alten Zeiten zweifellos mit Wirkung auf die Menge wie jede Pracht und jeder Mystizismus. Heute aber selbst der letzte Engländer hat soviel Vernunft, daß sie als eine Sehenswürdigkeit betrachtet, den Richter aber dadurch weder als klüger noch als Mächtiger denkt.“<sup>133</sup>

Mehr als ein Artikel der französischen Verfassungsurkunde von 1830, in der Übersetzung des Bertalan Szemere (Art. 4. 48—59, 69, Punkte 1—2), beschäftigten sich mittelbar oder unmittelbar mit den Problemen der Rechtspflege. Wir haben keine Stelle zu besprechen all diese eingehend, aber auf einige von diesen werden wir mindestens hinweisen. Art. 4 erklärt zum Schutze der *persönlichen Freiheit*, daß „niemand in einer anderen Weise und in einem anderen Fall, als es im Gesetz geschrieben ist, verfolgt und gefangenommen werden kann.“<sup>134</sup> Die Artikel 48—49 regulieren der Rechtsprech-

<sup>130</sup> Both, Ödön: Küzdelem az esküdtbíráskodás bevezetéséért Magyarországon a reformkorban (Kampf im Reformzeitalter um die Einführung der Geschworenengerichtsbarkeit in Ungarn und die Verordnung vom 29 April 1848 von den Schwurgerichten. Inhaltsangabe S. 59—60). Szeged 1960, S. 5—19.

<sup>131</sup> Der Staat des hohen Mittelalters. Weimar 1953. S. 303—306.

<sup>132</sup> A.a.O. S. 3.

<sup>133</sup> Reise 1845. Bd. 2. S. 124.

<sup>134</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 207.

chung. Sie erklären, daß der Ursprung der Gerechtigkeit der König sei, in dessen Namen die von ihm ernannten Richter Recht sprechen, die — mit der Ausnahme der Friedensrichter — *unabsetzbar* sind. Sowohl die Institution der aus Berufsrichtern bestehenden Gerichte wie auch die der Schwurgerichte überbleiben, sie können nur durch die Gesetzgebung modifiziert werden. Niemand soll von seinem „natürlichen“, d.h. kompetenten Richter abgezogen werden, „deshalb sollen außerordentliche Gerichtshöfe und Tribunale keineswegs, unter keinem Namen aufgestellt werden“ (Art. 53—54). Die Streite in Strafprozessen — „insofern sie — der Stellungnahme des Gerichtshofes nach — für die Ordnung und Moral nicht gefährlich sind“ — sind zu veröffentlichen, die Konfiskation der Güter wird für immer unwiederherstellbar gestrichen, dem König steht das Recht der Begnadigung und der Abänderung der Strafe zu. Sowohl das Bürgerliche Gesetzbuch als auch die der Carta nicht widersprechenden Gesetze bleiben (bis ihre Abänderung) in Kraft. Art. 69 erklärt im allgemeinen, daß „in der kürzesten Zeit“ ein Gesetz gemacht werden soll, das — nach dem Punkt 1 dieses §-n — über die Anwendung der Geschworenen in den Preß- und politischen Prozessen — und nach seinem Punkt 2 — über die Verantwortlichkeit der Minister und der anderen Beamten der Regierung verfügt.<sup>135</sup>

Der junge Jurist hat zuerst ganz kurz das System der französischen Justiz besprochen — hie und da sehr oberflächlich<sup>136</sup> dann beschäftigte er sich eingehend mit dem Schwurgericht. Was die gerechtl. Instanzenordnung anlangt, können wir aus dem Reisetagebuch erkennen, daß in Frankreich das in den Kantonen organisierte unterste Gericht der *Friedensrichter* war, der der Vorgesetzte zwei Vertreter eines Schriftführers und zweier Vollstreckungsbeamten, sowie eines Türstehers (*huissier*) war. Die territoriale Zuständigkeit der in den Bezirken (*arrondissements*) organisierten *Gerichte erster Instanz* erstreckte sich auf mehrere Kantone. Sie teilten sich in zwei — drei Kammern und bestanden aus zwei Präsidenten, 5—8 Richtern, 4 Hilfsrichtern, 1 kngl. Anwalte aus zwei Vertretern jenes und aus einem Schriftführer, einigen Gerichtsvollziehern und Türstehern. Über diesem Gericht stand das *Gericht höherer Instanz* das aus mindestens 4 Präsidenten, 20 Senatsmitglieder Richtern, 6 Vize-Mitgliedern, dem Oberanwalt, 2 Oberrechtsanwälten, aus den nicht-richterlichen Stellvertretern der Angestellten und aus den Schriftführern — und auch unerwähnt offensichtlich aus Türstehern, Gerichtsvollziehern — seine territoriale Zuständigkeit erstreckte sich auf das Gebiet eines *département* oder mehrerer *départements*. Als einer der Senate des Berufungsgerichtes in Zivilsachen ging das Schwurgericht (*cour d'assises*) vor, das sich auf dem Sitz der *départements* vierteljährlich zusammensetzte. Wenn es auf der hier erwähnten Stelle ein Berufungsgericht gab, bildete sich das Strafgericht aus fünf der Senate von diesem mit einem Präsidenten. Es gehörten das von den Geschworenen, abgesehen königlichen Anwälte, vom Schriftführer, und Gerichtsvollzieher und Türstehern, unterstützt wurde. In einem *département*, auf dessen Sitz kein Gericht höherer Instanz war, wurde zum Spitze der durch das zuständige Gericht erster Instanz delegierten vier Richter von zuständigen Gerichtshof bloß der Vorsitzende gesandt. Auf dem Gipfelpunkt der Hierarchie der Gerichte Befand sich der *Kassationshof*, der

<sup>135</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 212—213.

<sup>136</sup> Bertalan Szemere hat selber aufs Papier geworfen, daß es viel schwieriger sei, das System des französischen Justizwesens bekannt zu machen, als daß er dies an einigen Papierblättern selbst versuchen könnte. Reise 1845. Bd. 1. S. 150—151.

aus vier Vorsitzenden, 46 Ratsmitgliedern, einem Ober- und 6 kgl. Anwälten und aus Schriftführern bestand. Dieses Gericht war „der Sammelpunkt der reinsten Richter und der größten Rechtsgelehrten Frankreichs.“ Sie bewahrte die Heiligkeit der Gesetze mit andachtsvollen Händen, leitet die Fällung der Urteile in einigen Prozessen und ihre Entscheidungen werden die Quellen der wahren Interpretation der Gesetze und unschatzbare Ursprünge der praktischen Rechtslehre.<sup>137</sup> Aus den Schriften des Bertalan Szemere könnten wir den Unterschied zwischen Staatsanwälten und den öffentlichen königlichen Advokaten nur an einer Stelle verhältnismäßig besser beobachten, wo Verfasser uns über die öffentlichen Teilnehmer einer in einem der Säle der Palais de Justice ausgeführten Verhandlung informierte: „Die Richter — schrieb er — saßen an einer erhöhten Stelle in einer Linie neben einander. Es ist zwischen dem Gericht und der Höherei ein geschränkter Platz für die Staatsanwälte, hier bureau genannt. An einem Ende des Tisches der Richter sitzt der Schriftführer, am anderen Ende der öffentliche königliche Advokat, als ein organum der Gesellschaft, in deren Namen es vorgeschrieben ist, die Schwachen wie die Frauen und die Minderjährigen zu unterstützen, die allgemeinen Interessen gegen die Bestrebungen der Einzelnen zu verteidigen. Aber Probleme beginnen hier neulich: Dieses Gericht ist verpflichtet, die Schulden und Sünden ans Licht zu bringen, von Amts wegen gesetzlich zu verfolgen und zu strafen.<sup>138</sup> Unten aber, bei der Besprechung der Verhandlung des Schwurgerichtes werden wir aber sehen, daß die Ausdrücke „Anwalt“ und „öffentlicher königlicher Advokat“ dasselbe Amt decken.

Sehr eingehend bespricht der auf einer Studienreise entscheidend politischer und juristischer Natur befindliche Junge das französische Schwurgerichtssystem. Er informierte uns, daß einst in Frankreich auch Anklageschwurgerichte funktionierten, diese hörten aber neulich auf zu existieren. Im Falle des Verdachts der Begehung von Übertretungen und Delikten (contraventions et délits) hat die aus dem Untersuchungsrichter und aus den zwei Beisitzern des Gerichtes ersten Grades bestehende Beratungskammer, wenn aber der Gegenstand des Verdachts ein Verbrechen (crime) ist, die aus fünf Räten des Gerichtes bestehende und eine Klasse des Berufungsgerichtes Bildende und sich mindestens einmal wöchentlich versammelnde Anklagekammer die Anklage in einer Geheim Sitzung aufgrund „schriftlicher Angaben“ erhoben und fallen lassen. Schwurgerichtsbarkeit konnte — mit der Ausnahme des Preßvergehens — nur im Falle solcher, mit dem Begehen eines Verbrechens verdächtigten Personen stattfinden, die im Falle ihrer Verurteilung unter eine entehrende und demütigende Strafe gestellt werden. Die Eigentümlichkeit des Schwurgerichtes hat er — als eine Begründung seiner weiteren Erklärungen — so zusammengefaßt, daß er „aus zwei Elementen gebildet sei, aus einem rechtskundigen und einem einfachen bürgerlichen Element: die fünf gesetzkundigen Richter sollen das Gesetz anwenden und die zwölf Geschworenen sollen über die Tatsache urteilen und die Schuld oder Unschuldigkeit aussprechen“.<sup>139</sup>

Der junge Jurist führt mit Umsicht vor, was im Laufe der Bildung des Schwurgerichtes, der Zusammenstellung der vier Namentlisten das Verfahren war. Diese Listen waren die allgemeine Liste des département, die jährliche, vierteljährliche Register und der Register der in der konkreten Urteilsfällung

<sup>137</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 151—152.

<sup>138</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 149—150.

<sup>139</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 152.

teilnehmenden Geschworenen. In *die allgemeine Liste* wurden regelmäßig aufgenommen, die ihr 30-tes Lebensjahr vollendeten und Abgeordnetenwahlrecht haben (sie haben mindestens 200 Frs direkte Steuer gezahlt). Der Minister, der Präfekt, der Sub-Präfekt, der Richter, der königliche Advokat, der Geistliche irgend einer Religion konnten nicht zu einem Geschworenen gewählt werden. Es konnten diejenigen unter anderen befreit werden, die ihr. 70. Jahr vollendet haben. Wenn in einem département mindestens 800 Personen mit Geschworenenfähigkeit zu finden waren, sollte die fehlende Zahl der Personen von den die höchste Steuer Zahlenden aber in die Liste nicht aufgenommenen Personen ergänzt werden. *Der jährliche Dienstregister* wurde vom Präfekt durchs Los zusammengestellt, so daß er, als eine allgemeine Regel, 1/4 der auf den allgemeinen Register Aufgenommenen, minimal 200, maximal 300 Personen, im département Seine die Namen von 1500 Personen auf die erwähnte Liste aufschreiben lassen konnte. Auf diese Dienstliste in zwei nacheinander folgenden Jahren konnte niemand aufgenommen werden und die Aufgenommenen — obwohl nicht ohne Ausnahmen — waren nur einmal verpflichtet als Geschworenen zu fungieren. *Der vierteljährliche Register*, worauf die Namen von 36 Geschworenen und von 4 Stellvertretenden stattfanden, konnte der erste Präsident des Berufungsgerichtes mindestens 10 Tage vor dem Beginn der ersten Sitzung des Gerichtes durchs Los ausgewählt. So hatte er auch zu verfahren, wenn — aus irgend einer Ursache — die Zahl der Geschworenen oder ihrer Stellvertreter unter 40 fiel. *Die Liste des die Gerichtsbarkeit ausübenden Schwurgerichts* wurde aus den auf der vierteljährlichen Liste teilnehmenden Personen, die unter Strafe erscheinen sollten, in der Anwesenheit der Richter, des Anwalts und des Angeklagten auch durchs Los zusammengestellt, in der Weise, daß sowohl der Angeklagte als auch der Anwalt die Ausgelosten in gleicher Zahl und ohne Begründung zurückweisen konnten. Das Recht der Zurückweisung stand zuerst dem Angeklagten zu, und das Verfahren wurde solange fortgesetzt, daß endlich nur 12 solche Personen blieben, gegen die kein Anspruch erhoben wurde oder erheben werden konnte. Die Obliegenheiten des Vorsitzenden der Geschworenen wurde durch die Person versehen, die zuerst ohne Zurückweisung ausgelost wurde.<sup>140</sup>

Bertalan Szemere auch unternahm, einige wichtigere Züge des schwurgerichtlichen Verfahrens zu zeigen. In 24 Stunden nachdem jemanden unter Anklage gestellt wurde mußte der Angeklagte gefangengenommen werden, an der Stelle, wo das Schwurgericht sich versammelte. Der Vorsitzende war verpflichtet, den Gefangenen nach der Gefangennahme zu verhören, ihn auf die Wahl eines Verteidigers aufzurufen und ihn darauf aufmerksam zu machen, daß wenn er das Verfahren bis dahin formell für beschwerlich halte, sich in 5 Tagen zum Kassationshof anwenden zu dürfen. Der Angeklagte konnte aus der Reihe der Advokaten ohne irgend eine Beschränkung einen Verteidiger wählen. Wenn aber er mit seiner Verteidigung seinen nicht-Advokaten Verwandten beauftragen wollte, das war ihm nur nach der Anschaffung der Bewilligung des Vorsitzenden möglich. Der Angeklagte konnte mit seinem Verteidiger natürlich frei beraten.<sup>141</sup>

Auf dem für die Ausführung des Verfahrens festgesetzten Tage nahmen die „fünf Richter, der öffentliche Anklagevertreter, der Schriftführer bei

<sup>140</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 152—156.

<sup>141</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 156.

einem Tisch Platz ein, die Geschworenen setzen sich in der Aufeinanderfolge ihrer Herausziehung auf eine Bank, die sich an einer vom Publikum abge-sonderten Stelle, dem Angeklagten gegenüber steht". Der Angeklagte er-scheint im Sitzungssaal von den Gefangenenaufsehern begleitet aber frei. Der Vorsitzende der richterlichen Körperschaft stellt zuerst die Identität des An-geklagten fest. Dann vermahnt er seinen Verteidiger „auf die Achtung der Gesetze und auf die Wohlerzogenheit und Mäßigung in seinem Vortrag". Schließlich vereidigt er die Geschworenen einzeln auf den aufgelesenen Eid-text, dessen Inhalt ist, daß sie die vorgebrachten Beweise sorgfältig abwägen, bis zum Beschlußfassung mit niemand handeln; daß sie — würdig eines ehr-lichen und freine Menschen — aufgrund ihrer inneren Überzeugung, ohne Voreingenommenheit entscheiden werden. (D.h., sie durchsetzen — ohne zu sagen — das Prinzip der freien Erwägung der Beweise.) Danach liest der Schriftführer die Entscheidung der Klagekammer vor. Dann trägt der kgl. Advokat, d.h. der öffentliche Anklagevertreter die Anklage mündlich vor und benennt die anzuhörenden Zeugen, deren Namen dem Angeklagten minde-stens 24, Stunden vor dem Zeugenvernehmung mitzuteilen waren. Es werden zuerst die Zeugen des Anklägers, dann die des Angeklagten verhört, münd-lich, wenn sie nicht stumm sind. (Außer des Zeugenbeweises hat Bertalan Szemere von der Anwendung anderer Beweise gar nicht gesprochen, obwohl offensichtlich auch solche stattfinden konnten.) Nach Anhörung der Zeugen richtet der Ankläger bald der Advokat, bzw. der Angeklagte seinen Vortrag. Den letzteren mag der Ankläger beantworten, „*aber das letzte Wort steht immer dem Angeklagten oder seinem Verteidiger zu*". Die Beendigung der Verhandlung wird vom Vorsitzenden des vorgehenden Gerichtes eingemeldet, der die ganze Sache zusammenfaßt, trocken und unvoreingenommen. Er erin-nert die Geschworenen an die Erfüllung ihres Berufes und legt die Frage auf, ob der Angeklagte schuldig in der Begehung des Verbrechens sei, das in der Anklageschrift oder im Laufe der Verhandlung sich herauszustellen schien, nehmend im Betracht auch das möglich Vorkommen der mildernden und erschwerenden Umstände. Die Geschworenen ziehen sich unter der Leitung ihres Vorsitzenden zusammen mit den in Schrift gegebenen präsidentialen Fragen und allen Prozeßschriften in einen Sondersaal, vor dessen Tür ein Türhüter steht und wohin niemand ohne die schriftliche Bewilligung des Vor-sitzenden eingehen kann und wovon, bei Strafe von Geldbuße 500 Frs, auch sie nicht herauskommen dürfen, solange sie die Entscheidung nicht trafen. Nach Beratung wird die Entscheidung der Geschworenen mit geheimer Ab-stimmung gefaßt werden. Wird die Entscheidung zu Ungunsten des Beklag-ten nur mit einfacher Mehrheit gefaßt, mit 7 ja gegen 5 nicht, dann kann die Mehrheit der Richter die Sache an eine andere Versammlung, unter andere Geschworenen weisen. Wenn die Verurteilung mit einer höheren Mehrheit geschieht, über deren Verhältnis die Geschworenen sich nicht mehr veröffent-lichen dürfen, kann Strafverfahren nur dann unter ein anderes Schwurge-richt geraten, wenn alle Richter einstimmig davon überzeugt sind, daß die Geschworenen sich bezüglich des Wesens der Sache geirrt haben. Sie können aber die Mitteilung des Kondemnierungsurteil des Schwurgerichtes folgend, nur freiwillig, ohne eine Aufforderung mitteilen. Im Falle Verdiktes „nicht-schuldig" der Geschworenen soll der Angeklagte auf die Anordnung des Vor-sitzenden sofort auf freien Fuß gesetzt werden. Hat das Schwurgericht ihn für „schuldig" erklärt, dann soll zuerst der Ankläger auf die Art und Weise der Anwendung des Gesetzes einen Antrag stellen. Auf diesen Antrag mag

der Angeklagte oder sein Verteidiger antworten. Sie dürfen aber die Tat nicht mehr leugnen, sondern nur behaupten, daß die Tat keine Sünde sei, oder daß sie nicht mit der Strafe, die vom öffentlichen Anklagevertreter vorgeschlagen war, belegt werden könne, oder dem Verletzten vorgetragener Wunch seinerseits übertrieben ist. Demzufolge werden die Richter entweder in dem zum Schauplatz des Verfahrens dienenden Saal (dann aber leise) oder anderswo konsultieren und den Urteil fällen. Dieser wird vom Vorsitzenden mit lauter Stimme und öffentlich verkünden. Das Gericht war verpflichtet, den Angeklagten selbst trotz dem die Schuld feststellen. Verdict der Geschworenen freizusprechen, wenn die Tat durch das Gesetz nicht verboten war.<sup>142</sup>

*Innerhalb drei Tage* nach der Verkündung des Urteils können sich bei einer Gelegenheit wohl der öffentliche Ankläger oder die bürgerliche Partei als auch der Angeklagte in der Sache an den *Kassationshof* wenden. Sie können aber keine Berufung einlegen, wenn a) in der Sache ein unzuständiges Gericht vorging, b) im Laufe des Verfahrens wesentliche Formen der Gesetze verletzt wurden, c) im Gegenstand eines gesetzlichen Ersuchens entweder des öffentlichen Anklagevertreters oder des Angeklagten die Richter nicht entschieden oder sich nicht äußerten, d) die Richter das Strafgesetz unrichtig angewendet haben. Der Kassationshof entweder bestätig oder kassiert das in der ersten Instanz gefällte Urteil. Und im letzteren Fall, wenn es dem unter Punkt a) erwähnten Ursache zufolge so zu entscheiden hatte, delegiert es das zuständige Gericht, im Falle der in den Punkten b) und c) Enthaltene, weist es die Sache an ein anderes Strafgericht, damit von der letzten gesetzwidrigen Handlung (Tätigkeit oder Unterlassung) ab ein neues Verfahren beginnt: und schließlich, im Falle der in dem Punkt d) bezeichneten unrichtigen Strafzumessung, und nachdem das frühere Verdict des Schwurgerichtes erhalten blieb, diesem folgend wenden die neuen Richter das Gesetz wieder an.<sup>143</sup>

Bertalan Szemere hat seine im Druck erziehenden Feststellungen<sup>144</sup> damit geschlossen, daß er die Aufmerksamkeit nachdruckvoll auf die Vorteile der Schwurgerichtsbarkeit richtete. Im Laufe von diesem ist er daraus ausgegangen, daß das englische jury-System zwar besser als das französische sei, weil in diesem Fall eine größere Mehrheit zur Verurteilung erfordert wurde und deshalb der Unschuldige eine stärkere Verteidigung erhielt, das französische System hatte aber den praktischen Nutzen, daß es in sehr vielen Ländern verbreitet war und genau in den Ländern lebte und gedieh, die die entwickeltesten Verfassungen hatten und am meisten, als frei genannt werden konnten. Nach der Meinung des jungen Juristen: Es gebe kein besseres gerichtliches Rechtsinstitut als das Schwurgericht, „solange die Rechtsgelehrten keine vollkommene Theorie der Beweisführung aufstellen können, solange kein richterliches Meßinstrument erfunden wird“. Die Verteidiger der Fachgerichte haben gegen die Schwurgerichte viele Argumente angeführt. Aber es kann — nach der Ansicht von Szemere — eines von ihnen sicherlich nicht behauptet werden, nämlich daß durch die von ihnen gefällten Urteile das Blut eines Unschuldigen gegossen wurde. Die Einführung der Schwurgerichtsbarkeit ist

<sup>142</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 156—161.

<sup>143</sup> *Reise* 1845. Bd. 1. S. 161—162.

<sup>144</sup> Von der ersten Auflage — offensichtlich der Zensur zufolge — fehlen die auf die Schwurgerichte bezüglichen Erörterungen, die an den Seiten 150—164 der zweiten Auflage in vollem Umfang eingefügt wurden.



auch mit weiteren Vorzügen verbunden, weil sie teils „*das Volk erzieht*“, teils „*die Freiheit mächtig verteidigt*“.

Es kann deshalb sicherlich behauptet werden, das „diese Einrichtung das Kind der Vernunft und der Genosse der Freiheit ist“. Es ist in der Geschichte kein Beispiel dafür zu finden, „daß wo es keine Freiheit gibt, dort ein Schwurgericht (aber nicht nur der Form nach) wäre“. Es ist umso mehr Beweise dafür geliefert, daß „wie der Absolutismus mit dieser Einrichtung unvereinbar ist eine freie Verfassung ohne sie nicht bestehen könne“. Der Junge progressiven Denkens zieht auch die Folgerung auf das zeitgenössische Ungarn, wonach: „Wenn in unsere Verfassung dieses Institut eingepflanzt würde und darin sich entwickelte, d.h. wenn die Waage der Gerechtigkeit in die Hände solcher freien und unabhängigen Bürger gegeben würde, die sowohl vom Ankläger als auch vom Angeklagten in gleicher Entfernung stünden, dann mag zwar unser Vaterland zum Friedhof der Nation werden aber nie das Vaterland der Knechte.“<sup>145</sup>

## VII.

Als die Summierung unserer Abhandlung, geraten wir zur Schlußfolgerung, daß schon der junge Bertalan Szemere schon darüber weit hinübergegangt ist, als ein Anhänger der adeligen ständischen Gesellschafts- und Staatsordnung auf den Schauplatz des öffentlichen Lebens zu treten. Er wollte unter anderen mit der Volkserziehung, der Bekanntmachung der progressiven Ideen, Ansichten, Einrichtungen und mit der Vertiefung der Vaterlandsliebe zuhause, in unserem Land für die Erschaffung einer solchen neuen Welt kämpfen, in der als das Ergebnis dieses Kampfes die Unterschiede zwischen den Menschen sich mindestens mäßigen, die Freiheitsrechte mit der öffentlichen Ordnung verbunden sich durchsetzen können, die ständische Vertretung im Landtag durch die *Volkvertretung*, der Absolutismus durch die Verfassungsmäßigkeit abgelöst werden könne. Und noch eines: Er glaubte daran, daß seine Ideen verwirklicht werden können: übrigens hätte er im kleinen Dörfchen, Vatta, des Komitats Borsod, mit der Datierung 20 Dezember 1933, nicht aufs Papier geworfen: „Es schwebte vor mir eine Frage, als ich meine Reise begann: Soll ich vom Menschen etwas hoffen und in ihm glauben? Jetzt als ich zurückkehrte, gibt mein Herz die Antwort mit feierlicher Freude: Ja, ich soll.“<sup>146</sup>

<sup>145</sup> Reise 1845. Bd. 1. S. 162—164.

<sup>146</sup> Reise 1840. Bd. 1. S. [6], Reise 1845. Bd. 1. S. [12].



## Die Rolle der Gewohnheit (des Gewohnheitsrechtes) im Laufe der Entfaltung und Entwicklung der *longi temporis praescriptio(nes)*

In den verlaufenen Jahrhunderten wurde es recht viel über das Gewohnheitsrecht und die *longi temporis praescriptio* (des Weiteren: *ltp*) geschrieben. Die Anzahl der diesbezüglichen Werke ist ungeheuer hoch. Über die Beziehungen der beiden Institutionen, Begriffe zu einander ist jedoch gar nicht viel in den einschlägigen Werken veröffentlicht worden; trotz dem, daß — wie es später noch erläutert wird — die beiden Begriffe fest miteinander verbunden sind und — unserer Meinung nach — hauptsächlich das Gewohnheitsrecht einen wichtigen, sozusagen entscheidenden Einfluß auf die Entfaltung und Entwicklung der *ltp* in der Kaiserzeit ausgeübt hat.

Unsere Untersuchungen können in zwei größere Teile zerlegt werden. Zuerst versuchen wir aufzuklären, was in den verschiedenen Perioden des römischen Rechtes — unserer Meinung nach — das Gewohnheitsrecht war, d.h., was die Römer unter Gewohnheitsrecht verstanden haben. In diesem Zusammenhang halten wir es für nutzvoll, notwendig und unerlässlich, außer die *consuetudo* auch einige sinnverwandte Begriffe oder Benennungen (wie z.B. *mores*, *vetustas*, usw.) kurz zu behandeln.

Im zweiten Teil der Arbeit versuchen wir die Frage zu beantworten, inwieweit das Gewohnheitsrecht einen Einfluß auf die Entstehung, Änderungen und Entwicklung der *ltp* ausgeübt hat.

Von den Obigen kommt es schon hervor, daß die Zielsetzung unserer Arbeit keineswegs eine monographische Behandlung des Gewohnheitsrechtes oder der *ltp* ist. Wie schon erwähnt, dieser Aufgabe wurde es schon durch eine große Anzahl von Gelehrten und sehr gut Genüge getan. Demzufolge wird diese Frage hier höchstens per tangenterem behandelt. Um kurz zusammenzufassen ist unsere Zielsetzung, ein kleineres Teilgebiet etwa aufgrund der bisherigen — und unserer Meinung nach recht tiefdringenden — Forschungen und infolge derselben klarzustellen, welches bisher bei der monographischen Bearbeitung unseres Hauptgegenstandes nicht erörtert worden ist.

### I.

1. — Die erste zu beantwortende Frage lautet also: „was ist das Gewohnheitsrecht laut der Auffassung des römischen Rechtes?“

Es ist seltsam — oder vielleicht gar nicht seltsam — daß man bei den Römern gar keine Definition des Gewohnheitsrechtes finden kann. Es gibt

zahlreiche Umschreibungen, hie und da stehen Hinweise auf die verschiedenen Funktionen, Wirkungen des Gewohnheitsrechtes, jedoch fehlt aber seine konkrete, eindeutige, einheitlich angenommene Bestimmung. Irgendwie schaut es ebenso aus, wie mit dem Eigentum. Das Rechtssystem von Rom war zwar auf das Eigentum aufgebaut, jedoch findet man nirgends die Definition dieser Grundinstitution.

Möglicherweise trug zu diesem Phänomen auch der Umstand bei, daß das Gewohnheitsrecht zu erst, etwa am Anfang der Kaiserzeit, in den Werken der Rhetoren und Philosophen, nicht aber der Rechtsgelehrten behandelt worden ist.<sup>1</sup> Das Erscheinen des Gewohnheitsrechtes als Rechtsbegriffes — mindestens in den Juristenschriften — läßt auf sich noch warten, und zwar bis zur Zeit des mehr oder minder der interpolatio anschuldigten Iulianus,<sup>2</sup> was schon in sich darauf hinweist, daß vielleicht doch nicht bei ihm die erste, irgenwelche Bestimmung dieses Begriffes vorkommt. Letztthin bezieht sich wahrscheinlich auch Gaius auf das Gewohnheitsrecht, als er das vom consensus stammende Recht — in einem familienrechtlichen, bzw. erbrechtlichen Zusammenhang — unter den Rechtsquellen erwähnt (3.82.).

Trotz dem, wenn man alle bisherige Forschungen nebeneinanderstellt, scheint es, als ob das Gewohnheitsrecht, als ein schon entfalteter Begriff, irgendwo im II. Jahrhundert u.Z. erschienen gewesen wäre — mindestens in der Praxis — und man von dieser Zeit an von einem „quasi bewußten“ Gewohnheitsrecht,<sup>3</sup> als einer Rechtsquelle, oder als einem rechtsformenden Faktor<sup>4</sup> sprechen dürfte.

2. — Vielleicht wäre es nicht ganz konformistisch, unsere meritorische Arbeit mit einer, sich auf den durch die Bearbeitung und Bewertung der Quellen erzielten Ergebnissen anderer Forscher stützenden Bestimmung des Gewohnheitsrechtes zu beginnen. Man kann wohl sagen, daß dies ein recht gefährliches Gebiet sei und man sich dadurch sehr vielen Anfällen aussetzen könnte; jedoch erachten wir diese Methode für zweckdienlich.

Unserer Meinung nach ist das Gewohnheitsrecht eine *langanhaltende*,

<sup>1</sup> Bezüglich der Quellen und auch der Zitate siehe W. Flume: *Gewohnheitsrecht und römisches Recht* (Opladen, 1975; des Weiteren: a. W.).

<sup>2</sup> D. 1.3.32.1.

<sup>3</sup> Es gab ja ein Gewohnheitsrecht so in den Zeiten bevor dem Zwölftafelngesetze wie auch danach. Schließlich ist auch das Zwölftafelngesetz nichts anderes, als eine schriftliche Zusammenfassung und Systematisierung des Gewohnheitsrechtes bis dahin. Hinweisend auf die Vormundschaft des Verschwenders sagte Ulpianus, daß dieselbe schon im Zwölftafelngesetze aufzufinden gewesen wäre, zwar dies „ab initio... moribus (also durch Gewohnheitsrecht) introductum est“ (D. 27.10.1. pr.).

<sup>4</sup> Laut einer allgemeinen Auffassung hätten nur die Klassiker das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt; s. Fußnote 45. Wie kompliziert aber diese Frage ist, das kommt vom Werke „*Ius, Lex, Praetor*“ von C. Gioffredi (SDHI, 1947—48, S. 81.; des Weiteren: a. W.) hervor, wo er zum Beispiel folgendes schreibt: „...carattere consuetudinario di gran parte del diritto romano“. — Das selbe steht bei Lewy in der Zusammenfassung von Seidl: *Bericht über den dritten deutschen Rechtshistoriker Tag in Jena, 24—26 Oktober 1932* (SZ, 1933 von S. 640 bis S. 643; des Weiteren: a. W.). Zur selben Zeit anerkannt aber auch Gioffredi das Gewohnheitsrecht erst vom Alter der Postklassiker als einen rechtsschaffenden Faktor (ang. W., S. 81). — Schulz hält ein jedes Gewohnheitsrecht mit privatrechtlichem Inhalt für interpoliert; Seidl: a. W., S. 641.).

allgemein angenommene und für verbindlich erachtete Praxis mit Rechtsinhalt.<sup>5</sup>

Bei dieser Definition lassen wir außer acht, daß die einzelnen, in den verschiedenen Perioden das Gewohnheitsrecht bildenden Faktoren vielleicht verschiedene Meinungen gehabt haben und, daß in den einzelnen Perioden auch andere Gesichtspunkte maßgebend gewesen sind. Schließlich ist es sicher, daß diese Definition von den iustinianischen Rechtsquellen abzuleiten ist.

- a) Wir sind der Meinung, daß das erste Kriterium („langanhaltend“, „von langer Dauer“, „seit einer längeren Zeit bestehend“) nicht bestritten werden kann. Dieses Kennzeichen war nämlich immer, jederzeit bekannt und kann weder umstritten, noch bewiesen werden.
- b) Das zweite Kriterium, nämlich die *allgemeine* Gültigkeit der These kann hie und da schon stark umstritten werden. Was sollte nämlich das Wort „allgemein“ bedeuten? Bedeutet es vielleicht, daß der Willen des *ganzen Volkes* sich verwirklicht? Also, daß wir mit dem „*concludens factum*“, mit dem Nicht-Protestheben des ganzen Volkes zu tun haben, oder kann es gegebenenfalls auch mehr beschränkt sein? Und diese Frage kann ja recht schwer beantwortet werden. Es ist damit anzufangen, daß auch die römischen Quellen selbst sehr oft über *mos regionum*, *ius particulare*, *ius provinciale* reden. Sie stimmen also ausdrücklich zu, daß nicht nur der ganze *populus*, aber auch kleinere Gesellschaften, überwiegend *civitates*, die Möglichkeit gehabt hätten, ein Gewohnheitsrecht auszubilden. Iulianus weist ausdrücklich darauf zu, als er schreibt: „... *licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam.*“ (D. 37. 15.2). Die Realität, die Tatsächlichkeit (*re ipsa*) und die Meinung der Menschen (*opinio hominum*) bringt ein Recht, *infamiae notam* zustande. Und dieser Umstand ist in den Nachfolgenden, wo wir über die *ltp* sprechen, in erhöhtem Maße in Betracht zu ziehen.

3. — Gleichzeitig müssen wir jedoch auch einen kleinen Umweg machen. Denn laute es auch wie eigenartig, und gebe es viele, die nicht einverstanden seien, ist es unerlässlich, sich anlässlich dieses Gegenstandes mit der Rechtschaffung der Prätores, dem Recht der Rechtsgelehrten und mit der Gerichtspraxis zu beschäftigen. Für die herkömmliche Auffassung kann es vielleicht zwar eine kühne und sogar überraschende Ansicht sein, sind wir jedoch der Meinung, daß die dreie — mindestens in Beziehung auf die *ltp* — so betrachtet werden könnten, als eine Unterart des Gewohnheitsrechtes,<sup>6</sup> d.h., als

<sup>5</sup> Es ist eine allzu globale und übereilte Äußerung, nur den langen Zeitraum und den *consensus* des Volkes als eine Grundlage oder Bedingung des Gewohnheitsrechtes zu betrachten, wie es B. Smiedel tut (*Consuetudo im klassischen und nachklassischen Römischen Recht*, Graz—Köln, 1966., des Weiteren: a. W., von S. 58. an).

<sup>6</sup> Durch eine gewissermaßen andere Annäherung erreicht S. Riccobono beinahe das selbe Ergebnis. Er schreibt in seinem Werke „*Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*“ (Milano, 1949) nämlich folgendes: „... il frammento di Giuliano (D. 1.3.32.) — (größtenteils als interpolationenfrei beurteilt auch durch Guarino: *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, 1956., des Weiteren: a. W., S. 188.) — contenesse il pensiero classico, quale era nella tradizione giuridica, onde nella compilazione esso trovo posto come notizia di carattere storico.“ Seiner Meinung nach wäre das Gewohnheitsrecht keine so wichtige Schöpferkraft oder Rechts-

eine — wenn auch nicht im Sinne eines terminus technicus verstandene — gewohnheitsrechtliche Äußerung. In heutige Worte gekleidet handelt es sich um das Präzedenzrecht<sup>7</sup> (wie das auch schon die Römer zum Ausdruck gebracht hatten).

a) Wird nämlich die „Rechtsschaffung“ der Prätores betrachtet, so findet man sich dem Prinzip „*praetor ius facere non potest*“ entgegen, d.h., der Prätor war formell nicht berechtigt Recht zu schaffen. Trotz allem dem, wenn wir über das Prätorienrecht sprechen, wie auch die Quellen es tun, dann wird darunter keineswegs verstanden, als ob der Prätor in seinem Edikt irgendeine Stellungnahme, eine Mitteilung, ein Prinzip, also „Recht“ veröffentlicht gehabt hätte, sondern viel mehr, daß einige Äußerungen auch durch die späteren Prätores übernommen worden sind und diese Prinzipien somit nach einiger Zeit allgemein, einfach und gewöhnlich angenommen worden sind. Dies ist also, was eigentlich eine längere Zeit gebraucht hatte: das Allgemeinwerden, die Überzeugung und Meinung des rechtssuchenden Publikums. Im wesentlichen ist die Existenz, die Rechtsbeschaffenheit des Prätorienrechtes nicht dem Edikt, der Schriftlichkeit oder dem Obermagistrat, sondern dem Allgemeinwerden durch eine längere Zeit zuzuschreiben. Unserer Meinung nach, als die Disposition eines Prätorienediktes allgemein worden ist, war für das rechtssuchende Publikum, für die Menge gar nicht mehr klar, woher, von welchem Prätor dieselbe Bestimmung stammte.<sup>8</sup>

b) Das selbe Phänomen ist gleichfalls — obwohl mit einer gewissen Schwerpunktüberlegung — auch bei den Rechtsgelehrten aufzufinden. Es ist zwar zweifellos, daß ein *responsum* eines, mit dem Recht des *ius respondendi* bekleideten Rechtsgelehrten seit Kaiser Augustus — seiner diesbezüglichen Verfügung entsprechend — verbindlich war, jedoch trifft man in den Schriften oft solche Rechtswissenschaftler, die sich auf die Meinung eines früheren, mit dem *ius respondendi* nicht bekleideten Gelehrten — als auf ein Präzedenz

---

quelle gewesen, als es in anderen Rechtssystemen war, einfach deshalb, weil „... *vi erano organi e sistemi, non appena una consuetudine germogliava, la assumevano e la trasformavano in diritto positivo.*“ Solche Faktoren seien: *ius gentium*, *ius honorarium*, *cognitio extra ordinem* und die Rechtswissenschaft. „Da un certo punto di vista, dunque e con la detta spiegazione, si potrebbe dire, che tutto il diritto romano più progredito, non badando organi che lo attuano, è un prodotto della consuetudine“. (Von S. 147. an.). U.a. sind das *edictum*, das Rechtsgelehrtenrecht und die Judikatur schon bei Pernice mit einer gewissermaßen speziellen Bedeutung, als gewisse, mit dem Gewohnheitsrecht eng verknüpfte Erscheinungen erwähnt (Zum *römischen Gewohnheitsrechte*, SZ. 20, 1899, S. 128.). Kaser hat seinen Standpunkt in der II. Ausgabe seines Werkes „*Römisches Privatrecht* (des Weiteren: Rpr.) gewissermaßen zu Gunsten des Gewohnheitsrechtes verändert (S. 196.).

<sup>7</sup> Zwar ziemlich beschränkt — mit Bezugnahme nur auf Entscheidungen von der Kaiserzeit — deklariert Iustinianus für verbindlich, daß „*omnes omnino ... iudices, ... sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus*“. (C. 1.14.12. pr.) Ebenfalls bei ihm, an Stelle C. 7.45.13., findet man nämlich auch das Entgegengesetzte: „... *non exemplis sed legibus iudicandum est*“. (Beide stammen vom Jahre 529!)

<sup>8</sup> Ausnahmsweise beruft sich der Prätor auch formell auf das Gewohnheitsrecht und deutet auch dadurch an, daß er aufgrund des Gewohnheitsrechtes und nicht eines, durch ihn kreierten Rechtes vorgehe. S. zum Beispiel § 3.4/a. des PS, wo folgendes zu lesen ist: „*Moribus per praetorem bonis interdicatur hoc modo*“ usw.

— berufen,<sup>9</sup> ganz abgesehen davon, daß das „Ausführungsgesetz“ selbst irgendwie darauf hinweist, daß der erste, maßgebende Gesichtspunkt die Meinung der Mehrheit sei. Als aber diese kaiserliche Verordnung auf die Majorität hinweist, erwähnt sie eine kleinere Gemeinschaft; es darf nicht vergessen werden, daß diese, sich aufeinander berufenden Rechtsgelehrten von einander gegebenenfalls durch Jahrhunderte in der Zeit getrennt gewesen waren, aber auch durch diese Zeit gewisse — durch einander bestärkte — Ansichte, Entscheidungen von Rechtsgelehrten maßgebend sein müssten. Diese Meinung ist also die übereinstimmende Meinung einer Gemeinschaft. „Quorum (d. h., der Rechtsgelehrten) omnium, si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet“ — schreibt Gaius (1.7).

Wir glauben deshalb, daß auch das Rechtsgelehrtenrecht irgendwie in den Kreis des Gewohnheitsrechtes einzufügen wäre; wenn auch nicht mit der Bedeutung eines *technicus*, da das genaunommene Rechtsgelehrtenrecht primär in schriftlicher Form uns überliefert wurde. Seine Entwicklung und sein Lebensende aber liegen ganz nahe dem Gewohnheitsrechte.<sup>10</sup>

Letztthin hat auch der Rechtsgelehrte seine Meinung im allgemeinen mündlich gegeben und somit hat sich dieses Recht in erster Linie in dieser Form verbreitet und sich zum Allgemeingute, d.h., Gewohnheitsrechte ausgewachsen. Nach einer gewissen Zeit kann man auch in diesem Falle nicht mehr wissen, von wem eigentlich der erste Beschluß stammte, worauf sich später die Parteien, die späteren Juristen und die Gerichte beriefen.<sup>11</sup>

Schließlich muß man sich der Tatsache bewußt sein, daß das Rechtsgelehrtenrecht erst unter Iustinianus kodifiziert, also in einem Gesetzbuche zusammengefaßt worden ist. So weit war dieses Recht mit Hilfe der einzelnen Richtersprüche, oder der einzelnen Schriften der Rechtsgelehrten zu erkennen. Diese Feststellung gilt für Rom, nicht aber für die Provinzen. Werden die Umstände, also der ungeheure Umfang des Römischen Reiches, die Tatsachen, daß es kaum einige Schreibkundigen gab, daß die Bücher als Rarität galten und sozusagen Goldes wert waren, daß man über öffentliche Sicherheit gar nicht reden konnte (und die Gründe könnten noch weiter vorgezählt werden), betrachtet, so kann man sich gar nicht vorstellen, daß den Gerichten in den Provinzen irgendwelche schriftliche Anleitung, rechtswissenschaftliche Sammlung — sogar Sammlungen — in einer organisierten Weise, also nicht nur zufällig, sporadisch zur Verfügung gestanden wäre(n).

Nur das Präzedenzrecht ist verfügbar gewesen, und es blieb der Zwang, sich auf einzelne Ansichten, Entscheidungen der Rechtsgelehrten zu berufen. Was soll denn aber das sein, wenn nicht eine Art Gewohnheitsrecht?

Es sind oder konnten Jahrhunderte so vergehen — somit ist also die langanhaltende Praxis gegeben.

<sup>9</sup> „...consuetudo praecedens ... custodienda est“ (C. 8.52.1.).

<sup>10</sup> Bezüglich seines Zustandekommens weist schon Pomponius (D. 1.2.2.) auf irgendeinen desgleichen Prozeß hin, als er folgendes schreibt: „...sine scripto venit compositum a prudentibus.“ Ähnlich, oder noch prägnanter äußert er sich im D. 1.2.2.12.: „... proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit“. Diesbezüglich s. die Rezension von W. Waldstein über das ang. W. des Flume. Keiner von ihnen sieht irgendeine Möglichkeit, das Rechtsgelehrtenrecht in den Kreis des Gewohnheitsrechtes einbeziehen zu können (SZ. 93., 1976, — des Weiteren: a. W., S. 338., besonders aber Fußnote 38 an S. 369). Ebenso bei Gioffredi, a. W. S. 82., und Fußnote 141.

<sup>11</sup> Dem ist auch die Äußerung des Iulianus an Stelle D. 28.6.31.1. ähnlich: „... nam ita hoc prudentes (also ohne Benennung!) interpretati sunt.“

Dieses Recht wird allgemein angenommen, da es kein anderes gibt, keine andere Rechtsquelle zur Verfügung steht.

Es ist auch verbindlich, da es in der Relation zwischen den Parteien, im praktischen Leben und — falls ein Streit entsteht — auch vor den Gerichten zur Geltung gelangt.

Die stereotype Klausel, „hoc iure utimur“, welche sehr viele Äußerungen der Rechtsgelehrten abschließt, bestärkt unseren Standpunkt. Diese Klausel kann darauf hinweisen (und oft weist sie auch darauf hin), daß die Rechtsgelehrten das *responsum* einer sich schon entfaltenen Praxis entsprechend, also mit Anruf eines „*sine scripto*“ zustande gekommenen Rechtes gegeben haben. Was soll das sein, wenn nicht eben ein Gewohnheitsrecht?<sup>12</sup>

Die Tätigkeit der Rechtsgelehrten („*sine scripto in sola interpretatione*“ — D. 1.2.2.13.) wächst meistens von der Praxis aus. Wenn sie aber die selbe aufsetzen, z.B. ohne ein *responsum* zu geben, dann kann ihre *interpretatio* eigentlich Recht — Gewohnheitsrecht — für die Zukunft schaffen. Ihre Tätigkeit ist also gewissermaßen eine zwischengeschaltete und übermittelnde Tätigkeit. Mit ihrer *interpretatio* formen sie die schon vorhandene Praxis und entwickeln dieselbe weiter. Das so weiterentwickelte „Recht“ kann dann — wenn es vom Volk, vom rechtssuchenden Publikum angenommen worden ist — wieder in der Form des Gewohnheitsrechtes erscheinen. Darauf weist die Klausel „hoc iure utimur“ hin, die mit der unpersönlichen Mehrzahl nicht den die *interpretatio* vollziehenden Rechtsgelehrten, sondern die die *interpretatio* schon seit einer längeren Zeitdauer akzeptierende Gemeinschaft bezeichnen will.

Die über das Präzedenzrecht bisher gesagten haben im modernen Recht keine wichtige Rolle, da sie Institutionen des römischen Rechtes gewesen sind. Und dazu noch eine wichtige Sache zu bemerken: beide, im Vorigen erwähnten Institutionen sind auch in den Werken über das römische Recht unter den Rechtsquellen, den auch allgemein anerkannten „*fontes iuris*“ (zwar nicht als irgendein Gewohnheitsrecht) aufgeführt.

c) Das dritte solche „Gewohnheitsrecht“ irgendwelcher Art ist die Gerichtspraxis, die auch schon in der modernen Rechtstheorie zu finden ist. Jedoch ist es ganz bis den heutigen Tag nicht eindeutig entschieden, ob die Rechtspraxis oder Judikatur (das *Dezisionsrecht*?) als eine Rechtsquelle zu betrachten sei oder nicht.

Die Römer haben in dieser Hinsicht allgemein anerkannt, daß auch die Rechtspraxis eine Art Rechtsquelle wäre (selbstverständlich gilt dies für die Zeitperiode, in welcher Berufsgerichte schon existierten).<sup>13</sup>

In seiner Äußerung weist darauf Iustinianus (C. 1.17.10.) unmißverständlich und eindeutig hin: „... *haec tantummodo obtinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit, secundum Salvi Iuliani scripturam, quae indicat debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi* ...“

Übrigens ist diese Quelle nicht nur geeignet,

<sup>12</sup> In dieser Hinsicht ist unsere Meinung weit vom Standpunkt des Flume entfernt, der die Obigen bezweifelt (a. W. S. 16.)

<sup>13</sup> Ulpianus — den Sextus zitierend — nimmt den Standpunkt ein, daß das Urteil kondemnierend sein sollte, da „... *sic esse saepe iudicatum*“ (D. 29.5.1.27.)



- die Rechtspraxis mit der *consuetudo* zusammen erwährend die Rolle der beiden als Rechtsquelle zu betonen (wie auch Fragment D. 1.3.38)<sup>14</sup>,
- sondern auch zu ermöglichen, die allgemeine Meinung, welche die Äußerung des Salvius Iulianus (D. 1.3.32. pr., wie oben erwähnt) bezüglich des Gewohnheitsrechtes in ihren Ganzen als interpoliert betrachtet, mindestens anzuzweifeln. Unsererseits kann, im Zusammenhang mit dieser Stelle bei Iulianus, nur in Frage kommen, daß es schon früher, noch vor Iustinianus, eine interpolatio stattfand, es waren also wahrscheinlich nicht die Kompilatoren des Iustinianus, die gegebenenfalls eine Änderung in dem Originaltext vorgenommen hatten.

Übrigens glauben wir, daß da, was die Tätigkeit und den Standpunkt des Iulianus anbelangt, keineswegs ein bloßer Zufall zu suchen ist. Wie es aus den bisherigen Äußerungen hervorkommt, es ist Iulianus, der im Zusammenhang mit dem Gewohnheitsrecht, der außergesetzlichen Rechtsgebung in den Quellen meistens und überwiegend zitiert wird. Davon folgt es vernunftgemäß, daß er bewußt war, das Recht habe seine Entwicklung nicht nur der Tätigkeit der sogenannten offiziellen Rechtsgebern zu danken, sondern auch sonstige „rechtsschöpfende“ Faktoren, wie z.B. Gewohnheitsrecht, Rechtspraxis, eine wichtige Rolle in diesem Vorgang spielten. Diesbezüglich kann eine, bisher nicht erwähnte Äußerung des Iulianus zitiert werden: „...cum in aliqua causa sententia eorum (d.h., des Gesetzes und des *senatusconsultum*) manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet.“ (D. 1.3.12.) Was wäre dies anderes, als ein Präzedenzrecht, und gleichzeitig ein im weiteren Sinne verstandenes Gewohnheitsrecht?

Den selben Standpunkt nimmt auch Ulpianus ein in D. 1.3.13., wo er noch klarer ausspricht, daß gegebenenfalls entweder durch die interpretatio des Gesetzes, oder ausdrücklich durch *iuris dictio* zu helfen, d. h. — man könnte sagen — Recht zu schöpfen wäre.

Wir gehen jedoch noch weiter. Es ist wiederum Iulianus, der schreibt: „In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris.“ (D. 1.3.15.) Diese Äußerung soll eindeutig heißen, daß einerseits die ratio dem Rechtssatz nicht entgegenstehen dürfte, oder verkehrt, und sollte jedoch so ein unglücklicher Fall eintreffen, so wäre nicht die Rechtsregel, sondern die ratio (welche im allgemeinen durch die öffentliche Auffassung, das Gewohnheitsrecht vermittelt wird) zum Maße nehmen.<sup>15</sup> Indirekt weist also hier Iulianus wieder auf das Gewohnheitsrecht, gegebenenfalls auf die Rechtspraxis zu.

Übrigens ist es unzweifelhaft, daß die bisher besprochenen Bedingungen auch bei der Berücksichtigung der Rechtspraxis notwendig sind (d.h., die längere Zeit und die Allgemeinheit).

4. a) Die Allgemeinheit ist jedoch nicht so allein, in sich, eine Bedingung des Gewohnheitsrechtes, da gegebenenfalls auch die Verordnungen eines Diktators, eines absoluten Herrschers allgemeingültig sein könnten, ohne in diesem Stadium im mindesten als Gewohnheitsrecht zu gelten. Diese Generalität

<sup>14</sup> S. Brie kann nicht eindeutig Stellung nehmen, denn er hält es für möglich, daß der „Gerichtsgebrauch“ irgendein „Verwandter“ des Gewohnheitsrechtes sei (*Die Lehre von Gewohnheitsrecht*, Breslau, 1899, S. 56.). — Auch P. Voci schreibt im selben Sinne: „La prassi postclassica ricorre a un altro istituto, sorto dalla consuetudine...“ (*Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, S. 222.)

<sup>15</sup> S. diesbezüglich auch Stelle D. 1.3.20., welche auch vom Iulianus stammt.

muß sich auch in der einer Anerkennung manifestieren; daß Prinzip muß die Zustimmung, die Annahme der Menge, des Volkes, des *populus*, der Provinz<sup>16</sup>, des Stammes, also einer größeren Gemeinschaft treffen. Die Allgemeinheit der Gewohnheit wird nur durch den *tacitus consensus communis* (wenn auch nicht unbedingt *populi*)<sup>17</sup> geschaffen, einen *consensus* also, woraus ein Gewohnheitsrecht auswachsen könnte.<sup>18</sup>

b) In diesem Zusammenhang stellt sich eine andere Frage, und zwar ob diese gewisse Annahme, dieser *consensus* sich unbedingt in einem offenbaren Akt zu manifestieren habe, oder sei ein *tacitus consensus* genügend? Die Stellungnahmen der Quellen sind auch in dieser Hinsicht eindeutig: die Frage von diesem Aspekt behandelnd halten sie den *tacitus consensus* genügend (D. 1.3.32.1).

c) In diesem engeren Bereich kann auch das Problem sich stellen, ob diese Zustimmung, diese Annahme, dieser *consensus* ein Vorhergehende, ein Ausgangspunkt, ein Ursprung des Gewohnheitsrechtes, oder nur eine sozusagen nachträgliche Sanktion, eine Anerkennung, eine Genehmigung einer Gewohnheit mit einem Inhalt von Recht sei? Wir sind der Meinung, hier könnte es nur um eine nachträgliche Anerkennung oder Bewilligung handeln. Das Gewohnheitsrecht kann sich nämlich — wie es schon bei der Definition ausgedrückt wurde — nur nach einer längeren Zeit ausformen, es braucht eine längere Zeitdauer, um ein Allgemeingut zu werden können.<sup>19</sup>

5. — Jedoch genügt die Annahme, die Bewilligung eines gewissen Prinzips seitens der Gemeinschaft nicht. Wie es klarsteht, eine der wichtigsten Elementen, Kennzeichen des Rechtes ist eben ein unwiderstehlicher Zwang zu seiner Innehaltung, d.h., die Leute müssen etwas für verbindlich halten, sie müssen ein solches Gefühl haben, daß sollten sie irgendetwas nicht einhalten, so würden sie durch eine unwiderstehliche Sanktion bestraft. Dasselbe ist auch zum Gewohnheitsrecht notwendig. Die verbindliche Kraft des Gewohnheitsrechtes manifestiert sich eigentlich auch nicht in sich. Wird nämlich irgendetwas durch die Gemeinschaft angenommen, genehmigt, so ist das ebenso verbindlich, als das Versprechen eines einzelnen Menschen. Hat der Einzelne irgendetwas versprochen, hat er sein Wort gegeben, etwas angenommen, so fühlt er es, eben deshalb, als verbindlich. Jedoch ebenso, wie das Gericht den Einzelnen zwingen kann, eine dem gegebenen Worte entsprechende Haltung zu bezeigen, zwingt auch das angenommene und langhaltend gültige Prinzip eben infolge der Annahme, des *consensus*. Ist nun einer von der Gemeinschaft nicht willig und ignoriert dieses angenommene und langhaltend gültige Prin-

<sup>16</sup> „... *consuetudine servata regionum*“ — C. Th. 11.7.16.

<sup>17</sup> Gaius z.B. erwähnt diese Bedingung nur im allgemeinen, als er folgenderweise schreibt: „... *eo iure, quod consensu receptum est*“, er bestätigt aber nicht, wessen *consensus* notwendig wäre, (3.82.). Hermogenianus weist auf die Gesamtheit der Bürger, also auf das Volk hin (D. 1.3.35.).

<sup>18</sup> Selbstverständlich kann ein gewisses Prinzip auch unter den Mitgliedern einer Räuberbande angenommen sein, welches vulgär, also nicht im Sinne eines *terminus technicus*, als Gewohnheitsrecht genannt werden kann. Dies kann aber eben deshalb kein Gewohnheitsrecht sein, da es sich hier um eine kleine, und gleichzeitig illegale Gemeinschaft handelt, welche keineswegs mit den Gemeinschaften, deren Gewohnheiten ein Gewohnheitsrecht zustande bringen können, vergleichbar ist. Das Recht bedarf nämlich irgendeiner obersten Macht, einer herrschenden Klasse, oder etwas ähnliches, worüber man im Falle einer Räuberbande keineswegs sprechen kann.

<sup>19</sup> D. 1.3.32.2.

zip, so hat wiederum das Gericht, die Behörde die Möglichkeit — ebenso, wie z.B. beim Nichteinhalten der gesetzlichen Dispositionen — ihn zu zwingen, diesem allgemein angenommenen Prinzip nachzukommen. Eben dieser Vorgang, diese Periode zeigt und beweist das rechtliche Wesen des Gewohnheitsrechtes im Ganzen, klar und unmißverständlich.

In irgendeiner Hinsicht weist auch die Äußerung des Paulus darauf<sup>20</sup> hin: „Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.“ (D. 1.3.36.). Das heißt, etwas, das in solchem Maße offenbar, in solchem Maße anerkanntes „Recht“ ist (Gewohnheitsrecht, was anderes könnte es denn sein?), muß nicht schriftlich abgefaßt werden, da es eben durch die allgemeine Anerkennung sowieso verbindlich ist.

6. — Bei der Behandlung des Begriffes, der Definition des Rechtes geht man von der Trivialität aus, daß das Recht eine Verhaltensregel ist, über deren Geltendmachung die allerhöchste Macht, d.h., der Staat wacht. Von dieser Definition wird jetzt die Verhaltensregel herausgehoben. Es ist wohl bewußt, daß es sehr viele Verhaltensregeln gibt. So kann man auch bei den Römern Sitten-, Religions oder Anstandsregeln, usw. finden. Zweifellos stehen hinter solchen Regeln kleinere oder größere Gemeinschaften, die alle ihnen zur Verfügung stehenden Mittel anwenden, um ihre Mitglieder zur Einhaltung dieser Verhaltensregeln zu zwingen.

Für einen modernen Romanisten kann es oft ein schweres Problem bedeuten — eben weil vielleicht dies das einzelne Volk ist, dessen Entwicklung von der primitiven Epoche und vom primitivsten Rechte an sozusagen bis zum Recht der heutigen Tage nachgefolgt werden kann —, wenn auch nicht die einzelnen Verhaltensregeln von einander, aber mindestens die Rechtsnormen von den anderen Verhaltensregeln zu unterscheiden, abzugrenzen. Diese Operation erregt oft ernste Auseinandersetzungen, und hat noch öfters nicht eindeutige und nicht befriedigende Antworten zur Folge. Die Grenzen zwischen den Verhaltensregeln sind nämlich oft — so zu sagen — „schwimmende“, nicht selten gibt es auch Übergangsformen. Was in einem Zeitalter nur als Gewohnheit, Sitte zu betrachten war, verstärkt sich im anderen schon zum Recht. Jedoch, wenn es von der gegebenen Definition des Gewohnheitsrechtes ausgegangen wird, so kann mit einer mehr oder weniger großen Sicherheit mindestens das bestimmt werden, ob die konkrete Verhaltensregel zur ersten oder zur zweiten Kategorie gehörte, oder mindestens ob es zur ersten oder zweiten näherer wäre, bzw. eben beim Wensdpunkte stünde, in die erste oder die zweite überzuschlagen. Selbstverständlich wäre es unsere Aufgabe, die Rechtsnormen von der Reihe der Verhaltensregeln mit mehr oder weniger Sicherheit auszuwählen und abzusondern.

7. — Zum Schluß haben wir noch das letzte Element in unserer Definition des Gewohnheitsrechtes, nämlich die *Praxis* (usus) näher zu betrachten.<sup>20</sup>

Was soll eigentlich in diesem Falle, dem des Gewohnheitsrechtes, die Praxis meinen? Die vielmalige Wiederholung eines gewissen Prinzips, Verhaltens, einer gewissen Tatsache oder Sachlage wie es auch im Codex hervorgehoben ist: „Cum de novo iure, quod inveterato usu non adhuc stabilitum

<sup>20</sup> Selbstverständlich ist aber die Reihenfolge dieser Voraussetzungen — innerhalb der Definition, bzw. unserer Handlung —, problematisch und recht willkürlich, subjektiv.

est, dubitatio emerget..." (C. 1.14.11.).<sup>21</sup> In diesem Zusammenhang sind zwei Aspekte zu betonen:

Zuerst: es handelt sich um die Wiederholung *desselben* Prinzips oder *derselben* Tatsache.

Zweitens: es handelt sich hier nicht nur um Prinzipien, Regeln im engen Sinne, also nicht um gewissermaßen abstrakte Erscheinungen, sondern gegebenenfalls auch um Tatsachen, Sachlagen (siehe z.B. die *longi temporis possessio*).<sup>22</sup>

## II.

1. — In diesem Kapitel sind wir gezwungen, — bevor die Schlußfolgerungen behandelt werden könnten, — einige, im römischen Rechte bekannte gewisse Wörter, nötigenfalls Ausdrücke einer Prüfung in der Hinsicht zu unterwerfen, wann und inwiefern diese ein Gewohnheitsrecht bedeuten, und was für eine Beziehung sie überhaupt zum Gewohnheitsrecht haben? Bei der Feststellung der Ergebnisse ist es nämlich äußerst wichtig zu versuchen, die zahlreichen, als Synonyma qualifizierbaren Wörter und Ausdrücke irgendwie zu ordnen und somit nur das zweifellose Gewohnheitsrecht als Grundlage anzunehmen, bzw. am gegebenen engen Gebiete<sup>23</sup> (d.h., dem der *ltp*) als einen rechtsschaffenden, rechtsverändernden Faktor zu betrachten.

Unserer Meinung nach sind die in dieser Hinsicht zu berücksichtigenden Wörter, Synonyma die folgenden: *mos*, *persuasio*, *usus*, *vetustas*, *consuetudo* und fallweise, von Zeit zu Zeit auch die Zusammensetzungen derselben; vor allem mit den Attributen *vetus*, *longus*, *diuturnus*. Die da aufgeführten Wörter werden laut den in allgemein angenommenen Wörterbuch von Heumann-Seckel gegebenen Bedeutungen interpretiert,<sup>24</sup> um danach, aufgrund der Quellen, nur die etwaigen, mit dem Gewohnheitsrecht zusammenhängenden Bedeutungen zu erörtern.

2. — *Mos*.<sup>25</sup> — Unser Wörterbuch behandelt die verschiedenen Bedeutungen und Zusammensetzungen dieses Wortes in zwei ganzen Spalten. Zuerst stehen die Bedeutungen „Handlungsweise“, „Sitte“ und „Gewohnheit“. Hier haben wir mit dem letzten zu tun.

<sup>21</sup> Engverwandt mit dieser Erscheinung sind: die sich wiederholende Praxis beim Prätor; die Übernahme der Meinung der Vorfahrer seitens der Rechtsgelehrten; die Judikatur, die *suggestio iudicantis* (C. 1.14.11.).

<sup>22</sup> Trotz dem können sich die Tatsachen, die Sachlagen im Laufe der Zeit zu abstrakten Prinzipien, zu Regeln verdichten.

<sup>23</sup> Die *desuetudo*, also das Gewohnheitsrecht, welches das Recht aufhebt, vernichtet, außer Kraft setzt, wird hier nicht behandelt, umso weniger, da auch dieses Thema äußerst kompliziert ist und, trotz den verschiedenen Behandlungen, keine befriedigende, eindeutige und endgültige Lösung hat.

<sup>24</sup> Heumanns *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes*, in neunter Auflage, neu bearbeitet vom Dr. E. Seckel, Jena, 1907.

<sup>25</sup> In dieser Hinsicht könnte das Werk von M. Kaser: *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, (SZ, 59, 1939, von S. 52. an) als fundamental erscheinen, in den meisten Fällen können aber wir mit derselben nicht einverstanden sein. Das Werk schreibt nämlich, ganz einseitig, alles, was das Gewohnheitsrecht anbelangen könnte, und unserer Meinung nach überwiegend und originell das Gewohnheitsrecht betrifft, einer *interpolatio* zu; somit können wir es keineswegs als fundamental und annehmbar betrachten. Die Begründung kann hier nicht erörtert werden, da sie ein selbständiges Buch benötigen würde. Siehe in dieser Hinsicht, im Einverständnis mit dem Verfasser, auch A. Guarino, a. W., von S. 44. an.

In der zweiten Bedeutungsgruppe stehen: „Sitten“, „Sittlichkeit“, „sittliches oder unsittliches Vertragen“, „guter oder schlechter Lebenswandel“, die für uns im Zusammenhang mit dem Gegenstand dieser Arbeit nicht viel sagen.

Die übrigen Bedeutungen sind schon von allgemeiner Natur, wie Art, Weise, Brauch, Weg. Auch diese haben keine größere Wichtigkeit für uns, als die bisherigen.

Schließlich, zuletzt, steht eine ganz eigenartige Bedeutung: „Willfahren“, mit der wir wirklich nichts zu tun haben.

Wie es offensichtlich ist und wie es auch von den angeführten Stellen unseres Wörterbuches hervorkommt, ist es die erste Bedeutungsgruppe, die uns näher interessieren kann, und unserer Meinung nach ist es keineswegs ein Zufall, daß jene Nuancen, welche das Wort *mos* als Gewohnheitsrecht zu interpretieren erlauben, im Wörterbuch an der ersten Stelle zu lesen sind.

Unserer Auffassung nach scheint es nämlich zweifellos zu sein, daß, bevor der Erscheinung des Fachwortes *consuetudo*, der *mos* oder *mores* das Gewohnheitsrecht bedeutet hat. Ohne aber uns in diese Frage tiefer zu versenken, behandeln wir nur die Bedeutung des *mos*, welche das Wort in von uns betrachtetem Alter, also im Laufe der Kaiserzeit (d.h., die Periode von deren Anfang, also etwa von Cicero bis Iustinianus) bezogen auf das Gewohnheitsrecht, gehabt hat.

Es wird davon herausgegangen, daß in unseren Quellen *mos* oder *mores* öfters neben dem Gesetz, mit dem gleichrangig, erwähnt werden, woraus in sich schon die Folgerung gezogen werden kann, daß Gesetz und Gewohnheit einen gemeinen Zug (oder viele gemeine Züge) haben müssen.<sup>26</sup>

Ohne Zweifel ist so das Gesetz wie auch die Gewohnheit eine Verhaltensregel, und auch ohne Zweifel, der Staat sorgt für das Einhalten des Gesetzes auch begriffmäßig, aber das selbe gilt auch — wenn auch nicht immer — für die *mores*. Wir glauben demzufolge, daß *mos* ursprünglich die Bedeutung „Gewohnheit“ gehabt und nur später eine Differenzierung, dem Inhalt entsprechend, stattgefunden habe. Dank diesem letzten Entwicklungsgrad, ist der *mos* in zahlreichen Fällen nicht nur ein Vorläufer, ein Vorhergehende des Gewohnheitsrechtes — als eine Gewohnheit — gewesen, sondern oft hat er sich zum Gewohnheitsrecht verstärkt; und wenn wir in unseren Quellen über *mos*, besonder aber über *mores* lesen, dort meint ja das gar nicht nur eine Gewohnheit, sondern gerade das Gewohnheitsrecht.<sup>27</sup>

Übrigens, wenn wir unsere Definition des Gewohnheitsrechtes zerlegen, wird es klar, daß

- man auch über den *mos* nur dann reden kann, wenn derselbe langanhaltend gültig gewesen war;
- es da sich selbstverständlich nur um das Umschlagen der Gewohnheiten mit Rechtsinhalt in Gewohnheitsrecht handelt;

<sup>26</sup> Z.B. I. 1.2.9., C. 6.23.31.2., aber auch Fußnote 35.

<sup>27</sup> Übrigens, wenn auch nicht immer, aber überwiegend kommt es selbst vom Text hervor, was im gegebenen Falle *mores*, bzw. *mos* bedeuten will. So z.B., als Ulpianus über die Vormundhaft des Verschwenders spricht (die ursprünglich durch die *mores* eingeführt worden ist und die auch ins Zwölftafelgesetz übernommen wurde), handelt es sich offensichtlich um Gewohnheitsrecht. Einige Zeile weiter spricht er aber über die Aufhebung der Vormundschaft in dem Falle, wenn der Verschwender schon „...sanos *mores* receperit“; da weist das Wort *mores* ohne Zweifel darauf hin, daß der Betroffene schon ein normales Leben führt, da er seine gesunde Gewohnheiten, Lebensweise retabliert hat (D. 27.10.1. pr.).

- unstreitig, nur sowas eine Gewohnheit werden kann, was durch eine Vielzahl identischer Fälle zustande gebracht und in Leben gehalten worden ist.

Ist also ein *mos* mit Rechtsinhalt allgemein (mindestens in einer größeren Gemeinschaft, wie die *civitas*) verbreitet und als verbindlich angenommen gewesen, dann hat ja auch das Wort *mos* die Bedeutung „Gewohnheitsrecht“ gehabt.

Aufgrund dessen kann man sagen, daß der grösste Teil der in unseren Quellen vorkommenden Wörter *mos* (*mores*) sicher das Gewohnheitsrecht meinen wollte.<sup>28</sup>

All dies vorausgeschickt, betrachten wir nun einige ausgewählte und hervorgehobene Quellenstellen (ohne also einer Prätension der Vollständigkeit), welche den *mos* ausdrücklich im Sinne „Gewohnheitsrecht“ benutzen.<sup>29</sup> (Übrigens, wie gemeinkundig, kommen die *mores* am öftesten, aber nicht ohne Ausnahme, in familienrechtlicher Beziehung und bei den Vorschriften einiger Äußerlichkeiten, Formalitäten vor.)

Bezüglich der Eheschließung eines *libertinus* schreibt Pomponius über ein Ehehindernis (Rechtsbegriff!) folgendes: „...*hoc ius moribus, non legibus introductum est*“. (D. 23.2.8.).

Ebenfalls ein Hindernis der Eheschließung lautet bei Paulus wie folgt: „*moribus prohibemur uxores ducere...*“ (D. 23.2.39.1.).

Stelle D. 24.1.1. ist auch eine typisch derartige Verfügung, welche die Schenkung zwischen Eheleute aufgrund des *mos* untersagt.

Fragment D. 1.16.4.5. ist auf eine Formalität bezogen, hat aber auch einen Rechtsinhalt: „...*observari oportet, ...*“ was „*moris est*“ ... Fragment 7. pr. ebendort ist dem vorigen ähnlich.

Der Inhalt der folgenden Bemerkung bezüglich der Wasserbenutzung weicht von dem vorigen gewissermaßen ab: „...*more usque in praesentem diem perdurante percipiant* (nämlich das Wasser; C. 11.42.4). Die Verfügung in C. 3.34.2. ist gleichartig: „...*nequid contra veterem formam atque sollemnem morem innovetur...*“

3. — *Persuasio* = Überredung, Überzeugung, Glaube. — Mit der ersten Bedeutung haben wir nichts zu tun, desto mehr mit den weiteren. Diese weisen eindeutig darauf hin, daß beim Gewohnheitsrecht eine allgemeine Überzeugung über das Dasein einer verbindlichen Verhaltensregel notwendig sei. Dieses Wort kommt übrigens sehr selten vor; in unserem Falle ist es gar nicht typisch und kann demzufolge außer Acht bleiben.

4. — *Usus* = Gebrauch. Die erste Bedeutung des Wortes weist im wesentlichen auf den Gebrauch, die Praxis hin, d.h., in unserem Falle nur auf

<sup>28</sup> Wie schon erwähnt (s. Fußnote 25), schreibt auch E. Pólay — grundverschieden vom Kasers Standpunkt — „...*a mos szabályai a császárkorban jelentős részükből jogszabállyá (consuetudo) alakultak át*“; d.h., „ein großer Teil der Regeln des *mos* haben sich in der Kaiserzeit zu Rechtsregeln (*consuetudo*) umwandelt. — *A cenzori regimen morum és az ún. házi bírászkodás*. Szeged, 1965, S. 13.

<sup>29</sup> Gewiß, auch die Quellen können hier und da uns einen Streich spielen. So z.B. im Punkte 4. der Einleitung zur postklassischen Umarbeitung der *Tituli ex corpore Ulpiani* steht folgendes: „*Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus*.“ Diese Definition beinhaltet etwa alles, was, bezüglich des Gewohnheitsrechtes, in den Quellen sporadisch zu finden ist. Jedoch, dies alles bezieht sich auf die *mores*, die nicht immer und nicht notwendigerweise dem Gewohnheitsrechte entsprechen (wie, unserer Meinung nach, auch da nicht).

eines der wesentlichen Elemente des Gewohnheitsrechtes: die Wiederholung des selben Verhaltens, der selben Tatsache.

5. — Vetustas. Es ist kein Zufall, daß hier vor der Behandlung der *consuetudo*, als eines auch durch die Römer im Sinne des Gewohnheitsrechtes angenommenen Fachwortes, erst die *vetustas* erörtert wird. Dieses Wort hat nämlich an diesem Gebiet eine weit breitere Bedeutung, als eine einfache hauptwörtliche Form des Stammwortes *vetus* (alt).

*Vetustas* bedeutet, laut unseres Wörterbuches: „Alter, alther gebrachtes Recht, Herkommen, Vorzeit, Altertum“. Abgesehen von der ersten, und wahrscheinlich ursprünglichen Bedeutung (Veralterung einer Sache) sind alle seine Bedeutungen eng mit unserem Gegenstand verknüpft und bezeichnen eine Nuance desselben.<sup>30</sup> Bevor aber der ausführlichen Erörterung nach Quellen, sollte die Aufmerksamkeit auf folgende gerichtet werden:

Die *vetustas* ist kein Wort, das eine einzige Bedeutung hätte. Meistens hat es eine breitere Bedeutung, als *Altertum*. Unserer Meinung nach wird es in den Quellen meistens im Sinne „Gewohnheitsrecht“ benutzt.<sup>31</sup> Ohne Zweifel, wenn ein Prinzip (eine Tatsache, eine Sachlage) alt ist, seit einer längeren Zeit besteht, das kann ein jeder, ein Mitglied des Volkes, ein Einwohner der Provinz nur daraus wissen, daß es sich in einem ständigen und weit in der Zeit zurückgehenden Gebrauch manifestiert hatte. Nur bezüglich so eines Prinzips oder so einer Tatsache kann es auch heute, und konnte es desto eher vor zweitausend Jahren gesagt werden, daß es, bzw. sie durch die *vetustas* geschafft worden sei. Es weiß nämlich niemand — keiner der Beteiligten — mehr, wann es oder sie zustande gekommen ist.<sup>32</sup> Demzufolge beinhaltet die *vetustas* auch schon den *usus*. Nehmen wir jedoch die übrigen Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes in Betracht:

Das Wort *vetustas* drückt in sich das langanhaltende Dasein aus: sicher ist das Prinzip, die Tatsache langanhaltend, wenn es/sie unseres Wissens schon seit Menschengedenken dauert; in Gebrauch und Praxis, also in *usus* gewesen war. Demzufolge ist es offensichtlich wohl bekannt, angenommen und von bindender Kraft, ansonsten hätte es/sie nicht so lange dauern können.

Die einzelne Einwendung könnte lauten, daß die *vetustas* nicht immer und

<sup>30</sup> Eben deshalb können wir mit Bonfante (*Corso di diritto romano*, des Weiteren: a. W. II. 2., Roma, 1928., Fußnote 2.), nach dessen Meinung die *vetustas* ein „istituto... di carattere ... di diritto pubblico“ sei, nicht einverstanden sein. Er meint, die *vetustas* sollte in Hinsicht des Eigentumserwerbs nur eine gewisse Situation, Sachlage bedeuten: „essa stabilisce una *presunzione*, non è un modo di acquisto“ (a. W. II. 1., Roma, 1926., S. 431., und ebendort, Fußnote 2.).

<sup>31</sup> Eben deshalb ist es auffallend, daß B. Schmiedel, in seiner Monographie über das Gewohnheitsrecht, die *vetustas* überhaupt nicht erwähnt. L. Bove dagegen schreibt der *vetustas* eine entsprechende Bedeutung zu, wenn auch nicht in dem Maße, als weiter oben der Verfasser. (*La consuetudine in diritto romano*, Napoli, 1971, S. 31.) D. Nörr behandelt detailliert die *vetustas* auch im Zusammenhang mit der *ltp*! (*Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, Köln-Opladen, 1969, des Weiteren; a. W., hauptsächlich an S. 53.) An S. 54. nähert sich sein Standpunkt dem des Textes, als er schreibt: „... die *vetustas* eher dem objektiven Recht (mit aller Vorbehalt: dem Gewohnheitsrecht) gleichzusetzen ist, als einem subjektiven Recht“.

<sup>32</sup> I. S. Peretyerskij ist ziemlich bedächtig, als er schreibt: „Ist die tatsächliche Lage bezüglich der Sachen seit eine so lange Zeit bestanden, daß die lebende Generation sich an eine andere Situation nicht mehr erinnern kann, so macht sich bezüglich dieser Lage die Präsumption der Rechtmäßigkeit geltend.“ [*Római magánjog* (ungarische Übersetzung), Budapest, 1950., des Weiteren: a. W.]

nicht notwendigerweise Recht beinhalte. Werden aber die Quellen studiert, so kommt es hervor, daß sie sich — abgesehen von einzelnen seltenen Ausnahmen — sozusagen immer auf irgendeine Verpflichtung, Haltung bezieht. So kann es eigentlich dem Gewohnheitsrecht gleichgesetzt werden. Einige charakteristische, herausgegriffene Beispiele (ohne eine Vollständigkeit zu bestreben):

C. Th. 1.31.2.: „Vetustate consuetudinis ius“; C. T. 4.4.4; „Mos retinendus est fidelissime vetustatis“; C. Th. 11.7.15.: „... ne ... vetustati et consuetudini derogetur“. An Stelle C. Th. 11.7.18. stehen *vetustas*, *mos* und *consuetudo* nebeneinander, ausgesprochen um nachdrücklicher zu sein, jegliches Mißverständnis zu vermeiden! „Vetustatis auctoritas ... repetatur“ steht im C. Th., 11.30.23.; und „Vetustatem ... servari praecipimus“ (im C. Th., 16.2.45).<sup>33</sup>

Die *vetustas* wird aber sogar mit dem Gesetz gleichgestellt und ihr wird sogar eine Gesetzkraft zugeschrieben; so z.B. „... *vetustas*, quae semper *pro lege* habetur (D. 39.3.2. pr.); „*vetustatem vicem legis tenere*“ (D. 39.3.1.23.); „Scaevola respondit, solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem *vetustas* daret, tametsi ius non probaretur (D. 39.3.26.), und so weiter.

6. — Zuletzt sei das wichtigste und eigentlich einzige, auch durch die Nachwelt mit der Bedeutung des Gewohnheitsrechtes angenommene Fachwort, die *consuetudo*, betrachtet. Laut des Wörterbuches: „Gewohnheit“, „Zusammenleben“, „hergebrachte Abgabe“. Für uns ist nur die erste Bedeutung interessant, die übrigen sind es gar nicht.

In unseren Quellen bedeutet dieses Wort — wie auch unter 1/d. in unserem Wörterbuch — Gewohnheitsrecht, also, wenn dieses Wort irgendwo zu finden ist, können wir nahezu sicher sein, was seine Bedeutung anbelangt. Demzufolge muß der Leser sich ziemlich selten überzeugen und das beweisen, daß es an der gegebenen Stelle etwas anderes bedeutete.

Der Wortstamm: „*suesco*“ bedeutet „(sich) gewöhnen“, nichts mehr. Die davon abstammenden Wörterformen: *consuesco* „(sich) angewöhnen“, und *desuesco* „(sich) abgewöhnen“ sind weitere und schon nuancierte Bedeutungen.

Wenn es sich also um Gewohnheitsrecht handelt, ist es ganz logisch und jedenfalls richtig, das Wort *consuetudo*, dem lateinischen Sprachgebrauch unserer angenommenen Quellen entsprechend, als Gewohnheitsrecht zu akzeptieren und übersetzen.<sup>34</sup> Man könnte nämlich vielleicht sagen, daß im Lateinischen kein Wort „*suetudo*“ gäbe, welches dem deutschen „Gewohnheit“ gleichgesetzt werden dürfte, jedoch gibt es ein Beiwort „*suetus*“ mit der Bedeutung „üblich“, „gewöhnheitsmäßig“.

Die für das Gewohnheitsrecht zusammengefaßten Kennzeichen sind im Falle der *consuetudo* restlos aufzufinden. Es ist kein „Nachlaß“ notwendig, man muß nicht dies oder jenes außer Acht lassen, sozusagen „kein Auge schließen“.

<sup>33</sup> Siehe auch: C. Th. 9.32.1. (C. 9.38.); Const Sirm. 11.; D. 39.3.3.; C. 4.11.1. pr.; 6.23.18.; 6.38.4.2.; 9.38.1.; 11.62.11.; 12.6.11.; Nov. 23. 3. pr.; 53.3. pr.; 95.1. pr.; App. 3., usw.

<sup>34</sup> Eben deshalb ist es eigenartig, daß Kaser im a. W. die *consuetudo*, also das Gewohnheitsrecht, — welches laut dem Titel des Werkes die Hälfte desselben geben sollte —, in einer Fußnote beiseite schiebt (S. 98, Fußn. 4.); er erörtert das Thema nicht ausführlich, dessen Verdienste entsprechend, und wie es, aufgrund des Titels, zu erwarten wäre. Ebenso erörtert er die *vetustas*, den *usus*, usw. gar nicht, Er spricht in seinem Werke im wesentlichen über die *mores*, und nur per tangenter, nebensächlich über das Gewohnheitsrecht.



Übrigens muß es auch hier bemerkt werden, daß die Quellen das Wort *consuetudo* — ebenso wie *mos* — sehr oft mit dem Gesetz oder mit dem Rechte (*ius*) zusammen, als einen mit denen gleichstehenden Begriff erwähnen und es ist auch von dieser Tatsache offenbar, wie eine verhältnismäßig wichtige und anerkannte Rechtsquelle die *consuetudo* an gegebenem Ort und in gegebener Zeit sein kann.<sup>35</sup>

Schon die sich dem Verbal „*suesco*“ knüpfende Vorsilbe „*con*“ zeigt, als ein Ausgangspunkt, — abgesehen von allen übrigen Erwägungen — daß man hier mit einer langen Zeit zu tun hat. Nur irgendetwas, was langdauernd existiert hat, konnte „*an*“ gewöhnt worden sein (*con-suescere, consuetudo*). Die lange Dauer ist somit gegeben.

Die *consuetudo* ist allgemein anerkannt und angenommen, da wenn wir uns etwas angewöhnt haben, dann ist diese Sache schon anerkannt, akzeptiert; es ist ja eben demzufolge angewöhnt worden. Auf die Allgemeinheit, die räumliche Geltung weisen weiterhin die Quellen hin, als sie bezüglich ihrer Verbreitung die *regio*, also eine größere provinzielle Reumeinheit als das kleinste Gelände angeben.

In gewisser Hinsicht ist auch die Verbindlichkeit der *consuetudo* selbstverständlich. Wenn irgendetwas seit einer längeren Zeit existiert, dann ist es schon ein Teil unseres Lebens geworden, gehört es schon zum Alltagsverhalten, darauf wird es schon Bezug genommen, sein Einhalten wird gefordert, es gilt als verbindlich: „... *antiqua (vetus) consuetudo servetur*“ (C. Th. 6.29.10; 7.5.1.).

Der *usus*, der Gebrauch ist im Worte *consuetudo* wiederum inbegriffen. Wir können uns nur solche Sachen angewöhnen, die sich in selber Weise, in selber Form ununterbrochen, oft und rückkehrend wiederholen, welche einen Teil unseres Lebens bilden. Demzufolge, wenn wir sagen — und unserer Meinung nach begründet —, daß die *consuetudo* ein vollwertiges Äquivalent des Wortes „Gewohnheitsrecht“ sei, dann wiederholen wir nur eine ganz banale Wahrheit.

7. — Für die weiteren Erörterungen, d.h., für die wichtigsten Feststellungen können wir folgende Folgerungen ziehen.

Die Wörter *persuasio* und *usus* können — aufgrund der Obigen — vom Kreise der weiteren Forschungen ausgeschlossen werden. Es bleiben also der *mos*, die *vetustas* und die *consuetudo*, als Wörter, die oft — zwar im verschiedenen Maße — Gewohnheitsrecht bedeuten oder bedeuten können.

Wo in unseren Quellen *mos* oder *mores* steht, dort muß es immer sehr vorsichtig betrachtet und gründlich untersucht werden, ob das Wort an der gegebenen Stelle und am gegebenen Ort nicht als Gewohnheitsrecht zu verstehen wäre. Wir haben es nämlich schon gesehen, daß sowas öfters vorkommen kann.

<sup>35</sup> So z.B. schon die *lex Antonia de Termessibus* in 71 v.u.Z. (FIRA II. 11.); „*Quae leges, quodque ius, quaequae consuetudo...*“, C. 5.20.1. — „*Sive ex consuetudine*“, C. 6.23.31.2., C. Th. 5.20. Intp. — „*Longa consuetudo... pro lege servabitur*“, C. Th. 11.16.10. — „*Consuetudo vel dispositio nostra*“, D. 1.3.33. — „*Diuturna consuetudo pro iure et lege... observari solet*“, — „*concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere*“, C. 6.23.31.2. — „... *is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet*“, C. 3.34.1. — Diesbezüglich ist die Äußerung des Hermogenianus der wichtigste Beweis, welche im allgemeinen nicht der interpolatio verdächtigt wird: „*Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt, iura servantur*“ (D. 1.3.35.)

Wo das Wort *vetustas* zu finden ist, können wir mit größerer Sicherheit arbeiten. Abgesehen von ganz seltenen Ausnahmen bedeutet *vetustas* immer Gewohnheitsrecht, also dieses Wort bedürft eines verkehrten Vorganges als *mos*: man muß feststellen, wo und wann *vetustas* *nicht* mit der Bedeutung „Gewohnheitsrecht“ steht.

Wie es hervorgeht, ist es am leichtesten bei der *consuetudo*: das Wort bedeutet sozusagen ohne Ausnahme „Gewohnheitsrecht“; man könnte sagen, wo das Wort einen Rechtsinhalt hat, dort handelt es sich immer um Gewohnheitsrecht.

Nun können wir auf den wichtigsten Teil unserer Arbeit kommen. Wir wollen untersuchen, wann, wo und inwiefern dieses, unserer Meinung nach als Gewohnheitsrecht zu betrachtende Recht den Ursprung, das Vorkommen, die Entfaltung, die Änderungen, die Formen, usw. der *longi temporis praescriptio* beeinflußt hat.

### III.

1. — Wie es schon die Forschungen und „Entdeckungen“ im Laufe von Jahrhunderten bewiesen haben, dürfte der Zeitpunkt der ersten, schriftlich nachweisbaren Erscheinungen der *ltp.* die Wende der II. und III. Jahrhunderte u.Z. gewesen sein.<sup>36</sup> Dies gilt zur Zeit als *communis opinio* und wir meinen, daß diese Feststellung aufgrund der verfügbaren Quellen und Kenntnisse nicht zweifelhaft sei.<sup>37</sup>

Offensichtlich ist es jedoch, daß der schriftlichen Veröffentlichung einer Bestimmung solcher Art gewisse Geschehnisse vorangehen mußten, da eine, die Frage des Eigentums so tiefgreifend regelnde Maßnahme nicht nur einfach plötzlich aus dem Kopfe des (der) Rechtsgeber(s) hervorspringen konnte.<sup>38</sup> Wir müssen also in der Zeit zurückgehen und irgendeine ähnliche Sachlage, Bestimmung oder Praxis suchen, die der weiteren Entwicklung des Rechtes bezüglich des Eigentums als Grundlage dienen können hat.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> BGU 1.267., P. Strassb. 22., FIRA I. 437.; siehe auch die *epistula* des Severus und Caracalla zu den Tyrasiern vom Jahre 201.

<sup>37</sup> Zwar bei dem Text in FIRA die Bemerkung „*non ideo tamen credendum est hoc primo id ius constitutum fuisse*“ nicht unbegründet ist.

<sup>38</sup> Das selbe konnte da vorgehen, was auch bei der Schenkung zwischen Eheleute stattgefunden hat. Im Fragment D. 24.1.1. beruft sich Ulpianus, bezüglich der Einführung dieser Institution, noch auf das Gewohnheitsrecht („*Moribus apud nos receptum est...*“ usw.). Nicht weit entfernt unten (D. 24.1.3. pr.) dagegen weist er darauf hin, daß dieses Prinzip auch vom Kaiser angenommen worden wäre und er es in einer „*oratio*“ als verbindlich anerkannt hätte. — Noch prägnanter lautet die Äußerung des Ulpianus im Fragment D. 1.61.4.5. Er beschreibt, wie wichtig es in den Augen der Einwohner der Provinz sei, wo die Amtsleute an die Provinz herankommen dürfen, wo der „*ingressus*“ stattfinden muß. Dies ist vom *mos*, von der *consuetudo* vorgeschrieben, und — unserer Meinung nach — wurde dieses Gewohnheitsrecht durch den Kaiser bestätigt, als er „*rescripsit proconsuli necessitatem impositam per mare Asiam applicare et inter metropoles Ephesum primam attingere*“.

<sup>39</sup> Wir halten die dem Gewohnheitsrecht durch dr. Géza Kiss zugeschriebene Rolle allzu eng. Er sagt nämlich: „... törvények uralma alatt élő nemzetek közt az „iratlan jog” csak úgy érvényesül, mint a fennálló jogtételek interpretációja révén felszínre jutó joganyag alkalmazása“. „Bei unter der Herrschaft von Gesetzen lebenden Nationen kommt das „ungeschriebene Recht“ nur als eine Anwendung des durch die Interpretation existierender Rechtsregeln hochkommenden Rechtsmaterials zur Geltung.“ — (*Interpretáció és szokásjog a római magánjogban*, Budapest, 1909, S. 22.)

Wir sind der Meinung, diesen Vorläufer in der *longi temporis possessio* finden zu können. Im Gegensatz zum Standpunkt einiger Verfasser<sup>40</sup> glauben wir nämlich, daß diese Sachlage — da es ursprünglich nur darüber handelte — nicht nur in Italien, sondern überall im Reiche schon seit einer längeren Zeit existiert hätte. Es gibt zwar Argumente in den Quellen,<sup>41</sup> die suggerieren, daß diese Anerkennung nur bezüglich der Grundstücke in Italien gültig gewesen wäre, jedoch kann man die Erklärung des Gaius nicht verschweigen oder durch Schweigen ignorieren, in welcher er, bezüglich dieser Frage, seine Zweifel ausdrückte: „*dubitatur*“ (2.63). Gaius, der fast sicherlich ein in der Provinz arbeitender Rechtsgelehrte gewesen ist — dementsprechend ihm das in den Provinzen geltende Recht jedenfalls sehr gut bekannt war —, hätte in einem Lehrbuch nicht den Ausdruck „*dubitatur*“ gebraucht, wenn er dazu keine triftigen Gründe gehabt hätte. Wir meinen, es sei begründet — wenn auch nicht restlos — in dieser Hinsicht zu behaupten, daß eine Anerkennung solcher Art im ganzen Reich existierte.

2. — Die Logik einerseits und die historische Lage andererseits weisen aber auch darauf hin. Im II. Jahrhundert u.Z. (also im Zeitalter des Gaius) war die Rechtsversorgung der Provinzen gar nicht ausreichend gewesen. So z.B. haben die Einwohner der Provinzen zu dieser Zeit noch als *peregrini* gegolten, also das römische Recht hatte auf sie noch keine Anwendung gefunden. Ihren Rechtswissenschaftlern aber war das römische Recht — mehr oder weniger — bekannt und dieses Recht war weit entwickelter gewesen, als dasselbe der gegebenen Provinz. Da aber eine Ersitzung bezüglich eines Grundstückes in der Provinz nicht möglich gewesen war, entstanden sehr oft unsichere Eigentumsstände infolge der Kriegsaktionen, die in diesem Zeitalter hauptsächlich in den Provinzen stattfanden. Bei den Mobilien gab es keine solche Probleme, bezüglich der Immobilien, der Grundstücke aber konnten sehr oft solche Streite betreffs des Eigentumsrechtes vorkommen. Es gab eine große Anzahl von (vorübergehend?) verlassenen Grundstücken, obwohl ihre Bebauung ein Lebensinteresse gewesen wäre.<sup>42</sup> Es war ein jeder zufrieden, — und das gilt in erster Linie für die römischen Aufsichtsbehörden in der Provinz —, wenn jemand ein verlassenes Grundstück in Besitz genommen und es bebaut hat. Nach dem Ende der Pazifizierung, mit der Stabilisation der Situation — evtl. nur nach langen Jahren, — meldete sich möglicherweise der Eigentümer und wollte sein Grundstück wieder in Besitz nehmen. Selbstverständlich weigerte sich der neue Besitzer es zurückzuerstatten; er hat sich dort schon etabliert, hat Investitionen vorgenommen, hat ein Heim gegründet, und hat das Grundstück als eigen gehabt.

Was konnte die römische Behörde tun?

<sup>40</sup> Wir denken hier in erster Linie auf das Werk „*Az elbirtoklás fejlődése a római császárkorban*“ von Gábor Hamza (Budapest, 1970.), zwar einer der gediegensten Kenner der Frage auch seinen Standpunkt unterstützt (J. Partsch: *Longi temporis praescriptio im klassischen römischen Rechte*, Leipzig, 1906., des Weiteren: a. W., S. 6.).

<sup>41</sup> Siehe D. 23.5.16. und C. 5.13.1.15.

<sup>42</sup> Titulus 11.59 des Codex spricht „*de omni agro deserto...*“, schon seit der Zeit der Vorfahrer des Constantinus. Gleichzeitig ist es bekannt, welch ein großes Problem die *reliqua* an verlassenen Grundstücken bedeutet haben. Siehe z.B. tit. C. 4.46. und 47. Die einleitenden Zeile des Frag. 2. des vorstehenden tit. sind charakteristisch: „*Si deserta praedia ob cessationem collationum vel reliqua tributorum...*“

Die Staatsräson vor Augen haltend nahm sie den Standpunkt ein, daß jener, der das Grundstück durch eine längere Zeit in ungestörtem (gutgläubigem?) Besitz gehabt hat, in diesem Besitz nicht gestört werden dürfte, er sollte sicher (*securus*) sein, er dürfte nicht entwährt werden und jegliche Besitzstörung sollte verhindert werden.

Ursprünglich gab es keine diesbezügliche Präzedens, und es fehlten auch die Rechtsgründe. Das Leben, die Staatsräson, die Interessen der Arbeiter und die obwaltenden Umstände, sowie die Forderung die ihr Eigentum begründet oder vielleicht unbegründet hinterlassenden, oft nachlässigen und verantwortungslosen Inhaber zu bestrafen (die, wenn sie ihren Wohnsitz einmal verlassen hatten, und dorthin gegebenenfalls jahrelang nicht zurückgekehrt sind, für die Römer sicher als unzuverlässige Leute schienen), sowie auch der Wunsch, die Besitzverhältnisse zu regeln, führten jedoch zur gewohnheitsrechtlichen Entstehung<sup>43</sup> der *longi temporis possessio*, d.h. zum Schutz, zur Anerkennung des langhaltenden Besitzes (zuerst als einer angenommenen Sachlage, später aber als einer neuen Rechtsinstitution).

3. — Zum Aufschwung, oder mindestens zur Verstärkung des Gewohnheitsrechtes trug auch der Umstand vorteilhaft bei, daß mit der Erschaffung des *Edictum Perpetum* die Rechtsgebortätigkeit des Prätors im wesentlichen zum Ende kam, und somit eine Periode abgeschlossen wurde. Für die Befriedigung der Ansprüche rechtlicher Natur gab es keinen Prätor (keine *viva vox*) mehr, der imstande gewesen wäre, den Anforderungen des Lebens sofort nachzukommen, oft eben durch eine Geltendmachung des Gewohnheitsrechtes in seinem Edikt. Eben demzufolge — und mit der Absicht, diese Möglichkeit zu ersetzen — wurde ein Vorgang eingeleitet, der auch berufen war, die fehlende Tätigkeit des Prätors zu substituieren. Von dieser Zeit an wurde die Rolle des Prätors dem Gewohnheitsrechte überlassen. Demzufolge war es, unserer Meinung nach, gar kein Zufall, daß bei den römischen Rechtsgelehrten die Berufung auf das Gewohnheitsrecht eben im Laufe der Veröffentlichung des *Edictum Perpetuum* nachfolgenden hundert Jahren erschienen ist und sich vervielfältigt hat. Ebenso kann es auch nicht als ein Zufall betrachtet werden, daß unter den Rechtsgelehrten eben *Salvius Iulianus*, der Zusammensteller des *Edictum Perpetuum* sich in erster Linie mit den theoretischen Fragen des Gewohnheitsrechtes beschäftigt hat.

4. — Diesen juristisch rationellen und in gewisser Hinsicht humanen; gebührenden Vorgang haben aber auch politische Gesichtspunkte, Erwägungen motiviert.

Wir sind eigentlich schon gar nicht fern vom Jahre 212, als die Differenzen zwischen Provinzen (Grundstücken) und streng genommen römischen Gebieten verschwinden werden.<sup>44</sup> Diesem außerordentlichen Schritt gingen

<sup>43</sup> Flume und sein Rezensent, W. Waldstein weisen darauf hin, daß das Gewohnheitsrecht vor allem in den Provinzen notwendig gewesen ist (a. W., S. 338.). So ist unserer Meinung nach auch die Tatsache kein Zufall, daß der überwiegende Teil des *titulus D. 1.3.* die Provinz betrifft. — Lombardi sagt zwar nur bezüglich der Zeit nach 212, daß „... possiamo immaginare una lunga tolleranza di compromessi e di deroghe.“ (*Sul titolo: quae sit longa consuetudo* (8.52.) nel *Codice Giustiniano* SDHI, 18., 1952. S. 38.); während Smiedel dies für die Zeit vor 300 u.Z. überhaupt verneint (a. W. S. 20. und 36.). Auch D. Nörr hält es für eine in den Provinzen zustandgekommene Institution, a. W., S. 6 und 83.

<sup>44</sup> Siehe M. Kaser: Rpr. II., S. 205.

andere Vergünstigungen von minderer Bedeutung voran, etwa als Zeichen der Gutgesinnheit, als Vorläufer der endgültigen, großzügigen Regelung.

Eine dieser nicht großzügigen Regelungen war die Praxis oder, besser gesagt, das Gewohnheitsrecht, welche(s) im allgemeinen die Aufrechterhaltung der Tatsachen, der existierenden Umstände ermöglichte.<sup>45</sup>

5. — Es muß auch betont werden, daß die *praescriptio longae possessionis* gar kein Fachwort war, sondern nur eine schon existierende Sachlage bezeichnete (ebenso, wie in den Texten z.B. das Wort *vetustas* in erster Linie eine Sachlage, eine Tatsächlichkeit bezeichnet, und zwar hie und da der *consuetudo* gleichwertig ist, doch darf es nicht als ein Fachwort, ein *terminus technicus* des Gewohnheitsrechtes betrachtet werden). Nur beim Umschlag in die *praescriptio longi temporis* wird es ein Fachwort.<sup>46</sup>

6. — Man muß noch etwas im Sinne behalten: die Anerkennung im gewohnheitsrechtlichen Wege der *longi temporis possessio* war — wie eigenartig und verwunderlich es auch laute — ein Vorläufer und Vorzeichen der Institution des *colonatus*, deren Verbreitung und Allgemeinwerden in der nächsten Zukunft stattgefunden hat.

Was ist nämlich das Wesen des *colonatus*? Wie verhielten sich Diocletianus und die anderen Kaiser vor- und nacher? Sie ließen die Gesellschaft des Römischen Reiches „einfrieren“. Diese Einfrierung der Gesellschaft ging aber nicht allein in sich vor, da die Ereignisse der Geschichte sehr komplex sind, was sich auch in diesem Falle zeigte.

Die Anerkennung der *praescriptio longae possessionis* hatte die selben Folgen, als die — am Anfang des IV. Jahrhunderts schon auch gesetzliche — Einführung der Berufs- und Ortsgebundenheit (im Falle der *coloni* der Erdbundenheit) sozialer Schichten. Die Macht hat dadurch die herrschenden Umstände anerkannt, frierte die obwaltenden Grundbesitzverhältnisse ein, fixierte die Benutzungsrechte: dies alles im Interesse des Reiches, der Besteuerung.

Ohne Zweifel ist das noch keine „echte“ *praescriptio*. Auch schon deshalb nicht, weil sie nicht von Oben gegeben, nicht durch einen Gesetzgebungsakt eingeführt worden ist, sondern dadurch, daß der Staat, in seinen

<sup>45</sup> Wir halten die Stellungnahme von Flume und seiner zahlreichen Vorfahrer, wie Smiedel, a. W., S. 19., J. A. C. Thomas: *Custom and Roman Law*, TR. 1963., S. 39., A. Schiller: *De consuetudine in iure Romano*, BIDR, 1938., S. 347., unbegründet, wonach die klassischen Rechtsgelehrten das Gewohnheitsrecht nicht als eine Rechtsquelle anerkannt hätten. Wir sind mit der entgegengesetzten und durch Quellen unterstützten Ansicht von Waldstein einverstanden (ang. W., S. 363 und 365.). Siehe diesbezüglich auch den letzten Satz des Fragments D. 21.1.31.20., die *lex Antonia de Termessibus* vom Jahre 71 v.u.Z., die Korrespondenz des Plinius jr. und Traianus (Buch 10., Briefe No. 114. und 115.), sowie die Verordnungen des Marcus Aurelius und Commodus über die Herbeischaffung der Kosten der Gladiatorenspiele, zwischen 176 und 178 (FIRA I. 49.). Auch hier lautet es: „... quae longa consuetudo confirmasset“. Übrigens ist neuerlich auch Bove der Meinung, daß das Gewohnheitsrecht schon den Klassikern wohlbekannt und durch sie in Betracht gezogen gewesen wäre (a. W., S. 134 und 176.). Siehe auch die Anerkennung bei Guarino und Nörr (*La consuetudine e Polonio*, Labeo, 1975., S. 68.).

<sup>46</sup> V. E. Pauli hat wahrscheinlich recht, als er meint, daß die Römer das lateinische Äquivalent (die *praescriptio*) einer griechischen Benennung auf eine schon existierende (unserer Meinung nach am gewohnheitsrechtlichen Wege zustandekommene) Institution angewandt hätten. — *Studi sul processo attico*, Padova, 1935., S. 120..

eigensten Interessen, diese Praxis toleriert hat. Wie es aus den Quellen hervorgeht, ist diese Situation, oder Sachlage, dieses Prinzip im II. Jahrhundert u.Z. (meistens im Laufe dessen zweiter Hälfte) auf gewohnheitsrechtlichem Wege im ganzen Reich anerkannt worden.<sup>47</sup>

7. — Wird nun die Sache in einer analysierenden Weise betrachtet, so kann folgendes festgestellt werden:

Ohne Zweifel handelt es sich hier um eine *lange Dauer*, da diese Wörter auch in der Benennung „*longi temporis*“ beinhaltet sind.

Was das Allgemeinwerden anbelangt, weisen wir wiederum darauf hin, daß selbst Gaius nicht sicher war, ob diese Institution — sozusagen — weit und breit, d.h., im ganzen Reiche, oder nur in Italien benutzt worden wäre.

Die Verbindlichkeit der Regel kann durch folgende recht vernünftige Argumente bewiesen werden. Ganz einfach, und etwas vulgär: sie war für einen jeden günstig. Sie war günstig für die Eroberer, die Herrscher, also die Römer, da auf diese Weise die Grundstücke Eigentümer hatten, die Steuer bezahlten und — weil ihr Besitz nicht gestört wurde, — ruhig blieben und nicht revoltierten. Sie war aber auch für die Majorität, die neuen Besitzer günstig. Es gab nämlich nur wenige Eigentümer, die nach dem Ende der Kriegssaktionen, also zahlreiche Jahre später, bei der Stabilisation heimgekehrt und ihre Grundstücke gefordert hätten. Diese Majorität, die Neubesitzer haben die Vorteile dieser Institution genossen, da sie „ihre Grundstücke“ unbestört bebauen, dort Investitionen vornehmen, für die Zukunft arbeiten konnten. Nachdem die Interessen sich so begegnet hatten, hat sich die Institution auf gewohnheitsrechtlichem Wege eingebürgert.

Die an einem, vom Jahre 340 stammenden ägyptischen Papyrus uns überlieferte Prozeßschrift, welche sich auf die Verordnung gar nicht so alten Datums des Constantinus beruft, scheint das selbe zu sagen:

„... nescimus utrum (a praecedentibus dominis) *desertas*, an sibi cessas, possidebat, *qui earum culturam faciebat, fructusque in suum usum convertebat, proque eis sacratissimo fisco publica tributa pendebat.*“

Und da die früheren Eigentümer „*tributa earum arurarum nomine imposita solvere non possent, fugae usae sunt.*“ Quid ergo facere poterat praepositus pagi? Sane securitate suae et simul *publicis redditibus prospiciens*, in vicum progressus villicis aruras colendas dedit.“<sup>48</sup>

Und schließlich, da sie aufs empfindlichste, auf die Institution des Eigentums gerichtet war, mußte sie zweifellos *Recht beinhalten*. In der *longi temporis possessio* ist aber die Bedingung *usus* auch aufzufinden. Dadurch hat nämlich das Gewohnheitsrecht eine Tatsache, eine Sachlage anerkannt, eben weil diese so häufig vorgekommen ist und langanhaltend gewesen war; ganz abgesehen davon, daß die *possessio*, wie bewußt, ursprünglich (auch in der Zeit des Zwölftafelgesetzes) die Bedeutung *usus* hatte. Derzeit wurde dadurch die spätere, als *technicus* verstandene *possessio* bezeichnet.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Schon bei S. Brie ist eine Quelle vom Mittelalter (Oldradus) zitiert, wonach „*consuetudo maximam habet vicinitatem cum praescriptione*“. — Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, Breslau, 1899, S. 136.

<sup>48</sup> FIRA, Neg. 101., siehe auch E. Seidl: *Iuristische Papyruskunde*, SDHJ 1939., S. 299.

<sup>49</sup> Wir wollen zur Frage keine Stellung nehmen, wann die *longi temporis possessio* eine Verjährung, Ersitzung oder etwas anderes bedeutet hat. Auch Partsch hält dies für ein beinahe unlösbares Diskussionsthema (a. W., S. 160.). Wir stellen aufgrund der Tatsachen einfach fest, daß hier gewohnheitsrechtlich eine Rechtsinstitution entstanden wäre, als ein Vorfahrer, eine erste Erscheinungsform der *ltp.*,

8. — Nun ist es ganz eindeutig geklärt, daß die aus der *longi temporis possessio* ausgewachsene *longi temporis praescriptio*, in ihrer schon erwähnten ersten, in Schrift überlieferten Form (s. Fußnote 36) die Bedeutung „Verjährung“ hatte, d.h., ein rein verteidigungsartiges verfahrensrechtliches Mittel und keine rechtsschaffende Ersitzung war.<sup>50</sup>

Wird jedoch die Verordnung von Iustinianus vom Jahre 528 betrachtet (C. 7.39.8. pr.), so steht es klar, daß die *praescriptio* schon keine Verjährung mehr war, da der Besitzer jetzt schon „... posse ... etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere“, d.h., er hat durch Ersitzung ein Eigentum erworben, ihm steht nämlich eine *vindicatio* zu. Das wäre ja schon in Ordnung, es stellt aber sich die Frage, wann, und wie diese Wendung stattgefunden hat?

An der selben Stelle schreibt nämlich Iustinianus: „... hoc ... et veteres leges,<sup>51</sup> si quis eas recte inspexerit, sanciebant“. In diesem Falle ist aber, meiner Meinung nach, wiederum das Gewohnheitsrecht zur Hilfe zu rufen. Bis Iustinianus sind nämlich nur von den II—III. Jahrhunderten solche Äußerungen bekannt, die auf eine Ersitzung hinzuweisen scheinen. Dies scheinen Frag. Arg. II. B., bzw. die überlieferten Teile desselben, zu bestätigen. Es ist kein Zufall, daß Ulpianus sich in dieser Hinsicht öfters eben auf Iulianus beruft, und dieser Umstand macht auch glaubhaft, daß der obige Text im ganzen oder teilweise frei von *interpolatio* sei.

Ebenso steht es in einem Fragment vom Anfang des III. Jahrhunderts (im Codex vom Jahre 226) folgendes: „... neque enim colono vel conductori praediorum longae possessionis praescriptio quaeritur“. Diese ist eine Äußerung, welche ausgedrückt auf Ersitzung hinweist, also einen Rechtserwerb vor Augen hält (C. 7.30.1.). Das selbe wird im großen und ganzen in der Verordnung C. 7.38.2.1. nach etwa hundert Jahren wiederholt.

Die dem nachfolgenden etwa dreihundert Jahre sind aber vergangen, ohne irgendeine schriftliche Spur der Regelung der Frage hintergelassen zu haben. Demzufolge kann wiederum nur gesagt werden, daß in dieser Zeit das Gewohnheitsrecht eine, die Natur der *praescriptio* verändernde Wirkung ausgeübt habe.<sup>52</sup> Die „leges“ des Iustinianus dagegen sind nichts anderes, als die dazwischenliegende Rechtspraxis, das Gewohnheitsrecht.

---

sei sie als Verjährung oder Ersitzung betrachtet. Deren Qualifikation ist von unserem Standpunkt gesehen eine Nebenfrage, welche trotz der umfangreichen Literatur vielleicht auch noch heute nicht befriedigend beantwortet ist. Wir müssen zur selben Zeit wissen, daß die ltp. ursprünglich „nur“ eine Vermutung war. (Siehe Partsch, a. W., S. 118.; Bonfante: Corso II. 2., S. 213 und II. 1.431., sowie Fußn. 2., schließlich Peretyerskij, a. W., S. 60.)

<sup>50</sup> Wie sie Verjährung bedeutet so im P. S. 5. 5/a wie im Codex 2.18.8., vom Jahre 218.

<sup>51</sup> In Novelle 9 steht auch im Zusammenhang mit der Ersitzung binnen 30 Jahren „antiqua iure“; diesbezüglich denkt Nörr nicht an das Gewohnheitsrecht (a. W., S. 98.)

<sup>52</sup> Laut dem Standpunkt von Bonfante (ang. W., II. 2., S. 214.) konnte das Erwerbseffekt schon vor einer längeren Zeit zustande kommen. Voci teilt diese Meinung (a. W., S. 218.). Aber Codex 3.44.6 vom Jahre 224 zeigt z.B. einen Übergangscharakter, während die im Text angerufene Stelle C. 7.31 vom Jahre 226 einen entgegengesetzten. Die folgende Vergleichung scheint sehr anschaulich zu beweisen, daß die ltp. schon im II. Jahrhundert erschienen konnte. Fragment D. 12.2.13.1. sagt: „Iulianus ait eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem, etiam utilem actionem habere debere.“

Zweifellos hat sich dieser Text verschlimmert, wir halten jedoch das Erhal-

9. — In der weitere Entwicklung dieser Institution, kann eine interessante Rhythmik oder Periodizität festgestellt werden. Ganz eigenartig sind in der Entwicklung dieser Institution etwa alle hundert Jahre solche Ereignisse zu bemerken, welche dann entscheidend ihre weitere Entfaltung beeinflusst und ihre spätere Form und ihren späteren Inhalt bestimmt hatten.

Wie es schon erwähnt wurde, datiert sich die erste nachweisbare schriftliche Erscheinung der *ltp* von etwa 200 u.Z. Nach mehr als hundert Jahren ist die Verordnung des Constantinus veröffentlicht worden, welche einen Schutz für die 40-jährigen Ersitzungssituation, ohne *titulus* gewährt hat (Codex 7.39.2. pr. — vom Anfang des IV. Jahrhunderts.).<sup>53</sup>

Demnach, wiederum nach Verlauf von etwa 100 Jahren,<sup>54</sup> wird die 30-jährige Verjährung durch Theodosius eingeführt, welche — von wenigen Ausnahmen abgesehen — alle Klagen betrifft (C. 7.39.3. — vom Jahre 424).

Die Entwicklung wird dann durch die im Jahre 528 veröffentlichte Verordnung des Iustinianus abgeschlossen. Diese stellt die nach Ablauf von 10, bzw. 20 Jahren rechtsschaffende, eine Ersitzung zur Folge habende Wirkung der *ltp*. eindeutig fest, und erteilt für den Fall des Ausfalles vom Besitz die *rei vindicatio*. Außerdem aber machte diese Rechtsnorm, durch die Erklärung des Ersitzers für Eigentümer, einen weiteren Schritt und erteilte den Schutz auch solchen Personen, bei denen zwar kein *titulus* bestand oder mindestens derselbe nicht zu suchen war, die aber über 30, bzw. 40 Jahre gutgläubig im Besitz gewesen waren (C. 7.39.8.1.).

10. — Fassen wir nun unsere Ergebnisse zusammen! Wo und inwieweit hat das Gewohnheitsrecht eine Rolle bei der Einführung dieser sehr wichtigen Änderungen gespielt?

Wie es gezeigt wurde, ist die *longi temporis possessio* zweifellos auf einem gewohnheitsrechtlichen Wege entstanden und nur am Ende dieses Weges, mit gewisser Einschränkung erhielt sie eine offizielle, „gesetzliche“ Abfassung in den schon erwähnten kaiserlichen Verordnungen und Entscheidungen.

Das Jahrhundert nach der Wendung der II. und III. Jahrhunderte war eine der verworrensten, gehetztesten, labilsten Epochen von Rom. Für diese Zeit gilt das Sprichwort „*inter arma silent musae*“ tatsächlich. In diesen Zeiten wäre es zweifellos im erhöhten Maße notwendig gewesen, seitens der

---

tene trotz der allgemeinen Beurteilung nicht unbedingt für interpoliert. (Siehe auch Partsch: a. W., S. 86. und ebendort Fußnote 1.) Vergleichen wir den Text mit Fragmenten D. 40.14.1 und ebendort 5! Keines erlaubt die *exceptio temporis*, bzw. *praescriptio temporis* gegen den *patronus*, trotz eines, in der Sache getroffenen rechtskräftigen Spruches entgegengesetzten Inhalts. In beiden letzteren Texten sind ebenso zwei Sachlagen zu finden, wie im ersten, und zwar die Ungültigkeit des rechtskräftigen Urteils, bzw. der *praescriptio* (*exceptio*) gegen die Anfechtung des *patronus*. Schließlich beinhaltet auch der erste Text ähnlicherweise so den Eid, wie die *praescriptio* (*longi*) *temporis*. Wenn man dazu noch die Äußerung des Paulus im Fragment D. 12.2.2. betrachtet, wonach „*iuramentum ... maioremque habet auctoritatem quam res iudicata*“, dann ist die Vergleichung wahrscheinlich wohl begründet und hilft unserer Meinung nach viel bei der Begründung unserer Ansicht. (Auf den Zusammenhang der *res iudicata* und der *ltp*. weist auch P.S. 5. 5/a. 8. hin.)

<sup>53</sup> Siehe auch die Prozessschrift darüber, vom Jahre 340 (FIRA, Neg. 101.)

<sup>54</sup> Die Verfügung der Stelle C. Th. 4.11.2. (vom Jahre 349) weist auf einen gewissen Übergang hin; diese macht den Richter aufmerksam, die Verordnung des Constantinus nicht streng zu interpretieren.



Zentralgewalt eine Ordnung zu schaffen und diese aufrechtzuerhalten. Das ist jedoch, infolge der tatsächlichen Umstände und Zustände einfach unmöglich gewesen.

Zur selben Zeit hat mit der Veröffentlichung der *Constitutio Antoniniana* eine gewaltige Wendung am gesellschaftlichen Gebiet stattgefunden: die Staatsbürger sind, prinzipiell, gleichberechtigt geworden. Damit haben auch die Grundstücke in den Provinzen ihre besondere Stellung verloren, somit ist es möglich geworden, an solchen Grundstücken ein Eigentumsrecht zu konstituieren. Es ist also kein Zufall, daß die sich ursprünglich „nur“ durch eine Verjährung geltend machende, also gewissermaßen passive ltp zu einer aktiven Ersitzung von rechtsschaffender Wirkung werden konnte. Wann, unter welchen Umständen dies stattgefunden hat, kann man nicht sagen: es stehen keine sichere Angaben zur Verfügung. Demzufolge kann man begründet, sozusagen mit sicherer Gewißheit voraussetzen, daß auch diese Wendung auf einem gewohnheitsrechtlichen Wege erfolgte. Es ist nämlich ganz logisch vermutlich, daß zur Zeit des Diocletianus, als es schon sicher möglich war, auch auf Grundstücken in den Provinzen ein Eigentumsrecht zu erwerben, damit parallel, oder demnach die bisher nur einen Schutz bietende ltp. sich in der Praxis, auf gewohnheitsrechtlichem Wege, zu einer Ersitzung umwandelte, also eine rechtserwerbende Wirkung gewonnen hat.<sup>55</sup>

11. — Noch immer in Hinsicht der im Obigen erörterten Epoche: infolge der inneren Unruhen, Zwistigkeiten und Unsicherheiten, Bürgerkriege, usw. sind sehr viele Leute heimatlos geworden und waren gezwungen, ihr Heim, ihren Boden zu verlassen, wohin sie dann nimmer zurückgekehrt sind, sondern versuchten, anderstwo, an einem sichereren Orte, ein neues Heim zu gründen. Folglich ist der Vorgang begonnen, welcher sich in den späteren Jahrhunderten noch verstärkte und verallgemeinerte und schließlich durch die Institution des *patrocinium* schlecht oder recht aufgelöst wurde. Es handelt sich um das Hinterlassen der Böden. Diese Erscheinung mußte ins Ungemessene wachsen, da sie den Constantinus zu einem kaiserlichen Eingriff veranlaßt hatte.

Seine Zielsetzung war, das Bebauen der Länder durchaus zu sichern. Aber, wenn jemand ein verlassenes Grundstück „besetzt“ hat und anfang, es zu bebauen, damit hat er noch am selben gar kein Recht erworben. Grundsätzlich konnte es der frühere Eigentümer wann auch immer zurückfordern, es bestand sogar die Gefahr für den neuen Besitzer, seitens einer gewaltigeren Person vom Besitz ejiziert zu werden und wider diese nirgends einen Schutz zu bekommen.

Die ursprüngliche *usucapio* des römischen Rechtes und später die ltp. mit dem Zeitraum von 10, bzw. 20 Jahren waren kein Schutz dagegen, da für diese die Voraussetzungen der Ersitzung vorgeschrieben waren (u.a. auch der entsprechende *titulus*). Das römische Recht hat aber bis zu dieser Zeit keinen solchen *titulus* gehabt, wie die Besetzung eines „vermutlich“ verlassenen Grundstückes. Das war keine Besetzung, da ein Grundstück prinzipiell nicht verlassen gewesen sein mag, und es ohnehin bekannt ist, daß erst Iustinianus einen putativen *titulus* für genügend zur Ersitzung deklariert hatte.

Deshalb hatte Constantinus die Ersitzung eines Grundstückes nach Ablauf von 40 Jahren, auch ohne irgendeinen *titulus*, erlaubt. Dies war zwar

<sup>55</sup> So auch Nörr, a. W., S. 102., und ebendort Fußnote 41.

eine sehr bedächtige Lösung; doch hat in großem Maße zur Regelung der eigentumsrechtlichen Lage der Bodenfragen beigetragen.

12. — Nach hundert Jahren folgt ein weiterer Schritt: Theodosius erläßt seine Verordnung über die Verjährung aller Klagen binnen 30 Jahren. Diese Verordnung ist gewissermaßen mutiger und fortgeschrittener, als diese des Constantinus. Sie erstreckt sich nämlich nicht nur auf die sog. dinglichen Rechte, in rem actiones, sondern, wie es lautet: „Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur“ (C. 7.39.3. pr.).

Der Umfang und das Anwendungsgebiet dieser Verordnung war also wesentlich breiter, als dieselben der des Constantinus. Doch zur selben Zeit ist die des Constantinus fortgeschrittener, wirkungsvoller und bedeutungsvoller, da sie nicht nur einen Schutz, nicht nur eine Möglichkeit der Abwehr von Angriffen darbietet, sondern auch einen Rechtserwerb, die Ersitzung sichert. Und das ist eine sehr wichtige Differenz, die vielleicht den Vorteilen der Verordnung des Theodosius gleichgestellt werden dürfte.

Das Leben aber blieb nicht stehen. Es erwies sich, daß die von Constantinus festgestellten 40 Jahre eine allzu lange Zeit darstellen. Nicht nur sozusagen in Quantität, sondern auch in der Hinsicht, daß — besonders in den älteren Zeiten, also in diesem Falle vor etwa 1500 Jahren — die Sterblichkeit viel höher war; die Leute lebten in allgemeinen eine viel kürzere Zeit und das sog. Menschenalter hat 30 Jahre gewöhnlich nicht überschritten.<sup>56</sup> Dies war das Alter, welches die Majorität der Menschen erreichte und auch die Zeitdauer, welche ihr Gedächtnis schlecht oder recht umfassen konnte. Dies war ungefähr die Zeitdauer eines Generationenwechsels. Es war also ein ganz logischer Schritt, die von Constantinus festgestellte Dauer von 40 Jahren zu verkürzen.

Dies fand auch statt, auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes.<sup>57</sup> Es kam, wie gerufen, die 30-jährige Zeitdauer der die Verjährung regelnden Verordnung des Theodosius. Sicher hatten die die Verordnung vorbereitenden Verfasser erwägt, daß zur Verjährung 30 Jahre ausreichten. Und wenn diese Zeitdauer zur Verjährung genügte, dann konnte auch bei der „außerordentlichen Ersitzung“ statt der Dauer von 40 Jahren des Constantinus eine von 30 Jahren, wie durch Theodosius bestimmt, angewandt werden. Nach dem Erlaß des Theodosius hat sich also die Tendenz verstärkt, welche schon wahrscheinlich vor dieser Verordnung hie und da in Spuren aufzufinden war.<sup>58</sup> Zur Ersitzung waren nicht mehr 40 sondern nur 30 Jahre erfordert und — es scheint — auch die Gutgläubigkeit war eine Voraussetzung.<sup>59</sup>

Diese Praxis wurde schließlich durch Iustinianus angenommen.<sup>60</sup> Sie hat sich gut bewährt, ist durch das Gewohnheitsrecht eingeführt worden<sup>61</sup>, hat

<sup>56</sup> Siehe E. Levy: *Die nachklassische Ersitzung*, BIDR, 51—52 (1948), S. 364.

<sup>57</sup> Im großen ganzen ist auch Levy dieser Meinung, aber er beruft sich nicht auf das Gewohnheitsrecht, sondern auf das vulgäre Recht. (*West Roman Vulgar Law*, Philadelphia, 1951, S. 184., und die in Fußnote 56 erwähnte Arbeit, S. 361.)

<sup>58</sup> Auch nach der Meinung von M. Amelotti (*La prescrizione delle azioni in diritto romano*. Milano, 1958, S. 204.)

<sup>59</sup> Auf die Letztere weist auch Bonfante hin (a. W., II. 2. S. 272., und ebendort Fußnote 6.); er ist der Meinung, daß eine Ersitzung ohne Gutgläubigkeit auch schon vor der Zeit des Iustinianus nicht möglich gewesen wäre.

<sup>60</sup> Abgesehen von einigen Ausnahmefällen, für welche eine Ersitzungszeit von 40 Jahren gültig geblieben ist; das kommt auch von der Überschrift des titulus C. 7.39. hervor („De praescriptione XXX vel XL annorum“).

so den rechtspolitischen, wie auch den gesellschaftlichen und biologischen Erfordernissen und Erwartungen entsprochen. So hat Iustinianus keine Bedenken gehabt, auch in einem Erlaß festzulegen, daß die Gutgläubigkeit und ein Besitz von 30 Jahren Eigentum zur Folge hätten.<sup>62</sup> Und im wesentlichen ist dies alles durch die Einwirkung des Gewohnheitsrechtes geschehen.

13. — Bezüglich dieser Tätigkeit des Iustinianus muß man die Aufmerksamkeit auf ein sehr interessantes Moment richten.

Besichtigt man die Bestimmungen des etwa 100 Jahre vor der Kodifikation des Iustinianus erlassenen Codex Theodosianus, so kann man feststellen, daß der Letztere sich sehr oft auf die *vetustas*, die *consuetudo* beruft, weit öfters, als es die Digesten tun. Das ist schon in sich merkwürdig.

Noch auffälliger ist es aber, wenn die Bestimmungen, die Iustinianus mit der Vermittlung des Codex Theodosianus übernommen hat, mit den originellen verglichen werden. Man kann feststellen, daß bei Iustinianus die sich auf die *vetustas* oder *consuetudo* beziehenden Bemerkungen oft fehlen.<sup>63</sup> Zweifellos wollte Iustinianus den bisherigen häufigen gewohnheitsrechtlichen Regelungen ein Ende bereiten und deshalb hat er in seinen Gesetzbüchern den Verweis auf das Gewohnheitsrecht möglichst unterlassen. Das ist verständlich, denn eine Bestimmung, die in ein Gesetzbuch aufgenommen worden ist, hat durch diese Aufnahme aufgehört Gewohnheitsrecht zu sein.

#### IV.

Wie es aus den Obigen hervorgeht, wurde die *ltp.* von dem Gewohnheitsrecht zweimal stark beeinflusst. Zum ersten Male — durch Anerkennung der *longi temporis possessio* — eröffnete es den Weg zur offiziellen Annahme derselben, also zur sog. *longi temporis praescriptio* (auch mit gewisser Funktionsänderung verbunden!)

Das zweite Mal geschah es einige hundert Jahre später, als bei der außerordentlichen Ersitzung nach 40 Jahren, wie es von Constantinus festgesetzt worden ist, die Frist — der theodosianischen Verjährung ähnlich — zu 30 Jahren herabgesetzt wurde. Damit wurde der offiziellen Rechtsschaffung (Iustinianus) die Möglichkeit gegeben, dieses Produkt, diese Reform des Gewohnheitsrechtes anzueignen.

<sup>61</sup> Das ist ja schon im vor der Zeit des Iustinianus erlassenen *Edictum Theodorici* zu finden (69), sowie auch in der Verordnung des Valentinianus III (vom Jahre 452).

<sup>62</sup> Wie es Nörr bemerkt, hat Iustinianus oft — unserer Meinung nach sehr wohlweisig — die frühere Entwicklung in Betracht gezogen; a. W., S. 84.

<sup>63</sup> Zum Beispiel: C. Th. 8.5.34.3. = C. 12. 50.7., 6.23.4.1. = 12.16.3.3.; zwar es gibt, *ausnahmsweise*, auch Beispiele des Entgegengesetzten (C. Th. 9.38.6. = C. 1.4.3., die aber eine *strafrechtliche* Bestimmung ist).



(Sassari)

## Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano

### 1. DIRITTO ROMANO ATTUALE, SISTEMI GIURIDICI E DIRITTO LATINOAMERICANO

Gli studi di Elemér Pólay sull'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti hanno avuto forte eco in America Latina.<sup>1</sup> Ciò si spiega per la netta affermazione che: «nell'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti è dominante la tendenza secondo cui lo scopo dello studio del diritto romano non è soltanto di carattere storico, ma piuttosto rientra, nell'ordine dell'insegnamento di questi paesi, tra le materie di carattere teorico, servendo come propedeutica all'insegnamento del diritto civile. Questa è una concezione felice, perché l'opinione secondo cui lo studio del diritto romano avrebbe uno scopo puramente storico costringe questo valore storico-culturale e questo ramo della scienza, indispensabile anche nella società socialista, tra i capitoli della storia generale del diritto, negandogli un peso più grande degli altri sistemi di diritto. Si deve respingere l'errata opinione secondo cui il diritto romano sarebbe soltanto una cosiddetta „materia storica”»<sup>2</sup>

Questa concezione del diritto romano come „materia di carattere storico” (ma non „materia storica!”)<sup>3</sup> può ben essere collegata alla concezione giustinianea dello *ius Romanum* ed anche alla sua persistenza in America Latina.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Va ricordato l'articolo di E. PÓLAY, „L'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti”, pubblicato dapprima in *Studi Sassaresi*, III, 1 (1969), pp. 581 ss. e quindi in *Index*, 1 (1970), pp. 130 ss.; tradotto in castigliano dal prof. Italo Merello Arecco dell'Universidad Católica de Valparaíso: „La enseñanza del derecho romano en los países socialistas” in *La Ley* (suplemento diario de la *Revista jurídica La Ley*), Buenos Aires, 29 de mayo de 1974, pp. 1—5. Cfr. la recensione alla versione italiana, scritta da L. C. ROSENFELD (dell'Universidad Nacional de Buenos Aires) in *La Ley*, 26 de noviembre de 1973; cfr. altresì il commento all'edizione in lingua castigliana di J. A. BORJAS SÁNCHEZ, „La enseñanza del derecho romano en los países socialistas”, in *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad del Zulia*, Maracaibo, 42 (septiembre—diciembre 1974), pp. 143—148. Vedi l'aggiornamento dei dati: E. PÓLAY, „Das Studium des römischen Rechts in den sozialistischen Ländern” in *Klio*, 61 (1979), 1, pp. 157—163.

<sup>2</sup> E. PÓLAY, „L'insegnamento del diritto romano” cit., pp. 589. s.

<sup>3</sup> Le espressioni sono di E. PÓLAY, *op. ult. cit.*, p. 590. Analogamente si esprime A. DÍAZ BIALET, citato infra, note 20—20a.

<sup>4</sup> Sul diritto romano dell'America Latina vedi in generale H. A. STEGER, „Die Bedeutung des römischen Rechts für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert” in *Index*, 4 (1973), pp. 22. ss. (pubblicato in traduzione castigliana in *Universidades*, 54 (México 1973); *Latinoamérica, Anuario*, 6 (México 1973); *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 20/1 (Bogotá 1979); dello stesso autore v. „Universidad de Abogados y Universidad futura”, in *Index* cit., p. 59 ss.; vedi altresì P. CATALANO, „Il diritto romano attuale dell'America Latina” in *Index*, 6 (1976), pp. 87 ss.

## 2. CENNI SULLA FORMAZIONE DEL CONCETTO DI „IUS ROMANUM”<sup>5</sup>

Durante il „Coloquio Italo-Mexicano de Derecho Romano” (svoltosi a Mexico nell'agosto 1982) sul tema „Il diritto romano come diritto sovrannazionale”, ho avuto occasione di dimostrare che il concetto di *ius Romanum* non è proprio della giurisprudenza classica, bensì della legislazione imperiale, a partire da Diocleziano. Tale concetto viene perfezionato da Giustiniano (che utilizza anche le espressioni equivalenti *Romanae leges* e *Romana sanctio*) come strumento di una concezione universalista del diritto (esposta particolarmente nelle costituzioni *Deo auctore* e *Tanta*, per i diversi aspetti: personale, spaziale e temporale) che non considera caratteristica essenziale degli *iura* ciò che oggi chiamiamo „effettività”. Il diritto è chiaramente distinto dal fatto (cioè dalla propria applicazione); gli *iura* sono distinti dagli *arma*, ai quali pur sono strettamente collegati. Lo *ius Romanum* viene così a comprendere *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile* e viene proiettato in *omne aevum*.

Attraverso il frammento di Gaio (D. 1,2,1) viene codificata una visione della storia che dà massima importanza al *principium* (potremmo definirla: totalmente antievoluzionista). Il concetto giustiniano di *ius Romanum*, radicato nella fondazione dell'*urbs Roma*, comprende gli aspetti spaziali e temporali (geopolitici e storici) del sistema di *utraque Roma* (cioè di Roma e Costantinopoli).

Considerati gli aspetti sia spaziali sia temporali dello *ius* non resta alcuna difficoltà, ritengo, ad accettare la traduzione che Salvatore Riccobono ha dato dell'unica definizione di *ius* tramandata dalle fonti giuridiche antiche (D. 1,1,1, pr.): «il sistema del buono e del giusto» (Riccobono parlava anche di «sistema romano»).

## 3. RESISTENZA DEL CONCETTO DI „IUS ROMANUM” IN ETÀ MODERNA

Contro la concezione giustiniana dello *ius Romanum* si è sviluppata in questo secolo, nell'Europa continentale (finito il ciclo delle grandi codificazioni) una tendenza che, considerando il diritto romano come „diritto morto” giunge a distinguere tra „diritto romano” e „tradizione romanistica”.<sup>6</sup> In verità i romanisti europei non hanno adeguata conoscenza di quelle concezioni del diritto romano che ne affermano la „vigenza” anche successivamente alle codificazioni statali e nazionali (mi riferisco ad esempio, agli scritti di James Bryce in Inghilterra, di Abelardo Lobo in Brasile, di Augustin Diaz Bialek in Argentina): proprio tali concezioni possono considerarsi invece uno sviluppo dell'antico concetto di *ius Romanum*.

A ben vedere, il concetto di *ius Romanum* si è mantenuto in età moderna nonostante le spinte disgregatrici proprie dei regni e degli stati nazionali.

<sup>5</sup> Vedi ora P. CATALANO, „*Ius Romanum*. Note sulla formazione del concetto”, in *La nozione di „romano” tra cittadinanza e universalità* (Da Roma alla Terza Roma, Studi, II), Roma 1984, pp. 531 ss.

<sup>6</sup> Questa è, notoriamente, l'interpretazione storica di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II ed., Torino 1961, pp. 514 ss. Vedi contra P. CATALANO, „*Ius Romanum*” cit., p. 551 n. 68.

Anzi, esso si è universalizzato distaccandosi via via dalla „effettività” del diritto statale.

Un esempio (su cui si è soffermato recentemente il collega cileno Alejandro Guzmán Brito)<sup>7</sup> è dato nel XVI secolo da un passo dei *Commentarii de iure civili* del Doneau (libro I, cap. XVI, par. 7). Secondo il Doneau, il diritto romano riguarda anche i popoli presso i quali non sia vigente „pro suo”, poiché non si può negare che *ius naturale* e *ius gentium* siano vincolanti per tutti e risulta da D. 1, 1, 1, 2 che il diritto romano „collectum est enim non tantum ex civilibus praeceptis, sed et naturalibus et gentium [...] ut vere quis dicturus sit, ius naturale et gentium iuris Romani quodammodo partes esse, non origine, sed agnitione». Le altre nazioni possono trascurare solo ciò che è „proprio” della *civitas Romanorum*.

Questa opinione è richiamata, nel secolo XVII, dai difensori inglesi del diritto romano nel campo che diciamo „internazionale”. Mi rifaccio qui ad uno studio recente di Virgilio Ilari.<sup>8</sup> Arthur Duck, *De usu et autoritate iuris civilis Romanorum, in dominiis Principum Christianorum* (1648), libro I, cap. II, par. 6: «Pluresque Jurisconsulti opinantur Jus Romanum... comprehensum in libris Iustiniani non esse jus Civitatis Romanae solum; sed naturae et gentium...». Richard Zouche (regius professor di „Civil Law” ad Oxford a partire dal 1620) pubblica nel 1650 un'opera polemicamente intitolata *Iuris et Iudicii Feialis, sive, Iuris inter Gentes et Quaestionum de Eodem Explicatio* è stato notato che la portata universale dello *ius fetiale* «è tale che Zouche non stima necessario neanche riferire e tanto meno confutare l'opinione di Grozio che la dichiarazione di guerra non costituisca, secondo il *ius naturale*, un requisito per la legittimità delle operazioni belliche».<sup>9</sup>

A distanza di circa due secoli e mezzo, un'altro regius professor di „Civil Law” dell'Università di Oxford, James Bryce, ha affermato in una serie di saggi (pubblicati in due volumi dal titolo *Studies in History and Jurisprudence*, 1901)<sup>10</sup> che il diritto romano è un sistema giuridico mondiale attualmente in vigore,<sup>11</sup> precisando: «Il diritto romano rimane pur sempre diritto romano in onta alle aggiunte rese necessarie dai bisogni delle civiltà moderne».<sup>12</sup> Questo romanista anglosassone è stato un autorevole uomo politico liberale. Il suo atteggiamento di fronte alla realtà giuridica mondiale (di cui ebbe esperienza profonda anche come diplomatico) è particolarmente signi-

<sup>7</sup> Vedi A. GUZMÁN BRITO, *Ratio scripta* (Ius commune, Sonderhefte 14), Frankfurt a.M. 1981, pp. 141 ss.

<sup>8</sup> Vedi V. ILARI, *L'interpretazione storica del diritto di guerra romano fra tradizione romanistica e giusnaturalismo*, Milano 1981, pp. 87 ss.

<sup>9</sup> V. ILARI, op. cit., pp. 93 s.; 98.

<sup>10</sup> J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, 2 vol., Oxford 1901. Alcuni di questi saggi sono stati tradotti in italiano, nel volume con il titolo *Imperialismo romano e britannico*, con Prefazione di G. PACCHIONI, Torino 1907. Sull'ideologia (e la concezione storica) del Bryce v. brevemente O. BARIE, *Idee e dottrine imperialistiche nell'Inghilterra vittoriana*, Bari 1953, pp. 258—262; per alcuni dati biografici v. E. I. CARLYLE, „Bryce James” in *The Dictionary of National Biography*, 1922—1930 (London—New York 1931), pp. 127 ss.

<sup>11</sup> J. BRYCE, *Studies* cit., I, p. 85: «is full of vitality today — in force over immense areas»; cfr. ID., *The Extension of Roman and English Law throughout the World*, II ed., Oxford 1914 (cfr. trad. ital. cit., p. 97, alquanto carente in questo punto).

<sup>12</sup> J. BRYCE, *Studies* cit., I, p. 108: «Roman law remains Roman despite the accretion of the new elements which the needs of modern civilization have required in to accept» (cfr. trad. ital. cit., p. 124). Cfr. infra n. 20.

ficativo, soprattutto se confrontato con quello di un famoso romanista italiano, che si era affrettato (già vent'anni prima!) a dichiarare „morto” il diritto romano „puro”.<sup>13</sup> James Bryce ha aperto la strada alla comparazione tra grandi sistemi giuridici, in particolare tra quelli che egli considerava i sistemi mondiali attualmente in vigore: il sistema romano ed il sistema inglese. Il diritto romano viene analizzato in „institutions”, „conceptions and rules”, „principles”; lo studio della sua diffusione (o „extension”) consente di evidenziare la conservazione della „underlying unity”.<sup>14</sup> Il Bryce, che fu anche autore di un'opera fondamentale sul Sacro Romano Impero, ha sottolineato che l'Impero non è riducibile ad uno „Stato” e che il diritto romano „ha sopravvissuto” all'Impero, anche alla „dissoluzione del 1806”.<sup>15</sup>

Lo statalismo, che domina la dottrina giuridica a partire dal secolo scorso, viene così contraddetta grazie ad uno spunto critico che coglie l'essenziale dell'attuale problema del diritto nelle sue radici storiche.

Non è eccessivo configurare la contraddizione al massimo livello teorico e richiamare qui l'immagine del Sacro Romano Impero che lo Hegel aveva delineata, nello scritto circa le „Costituzione della Germania”,<sup>16</sup> ironizzando sulla continuità dell'Impero. Lo Hegel aveva affermato, ovviamente con ragione, che «se in tutta Europa si giudicasse secondo il diritto romano oppure un altro diritto, non per questo l'Europa costituirebbe uno Stato»;<sup>16a</sup> ma proprio l'ovvietà dell'affermazione hegeliana rende chiaro il contrasto tra statalismo e romanesimo giuridico.

Le prospettive comparatiste possono superare il positivismo giuridico statalista. Oltre alla visione del Bryce, è qui da segnalare quella, diversa (per dir così romanocentrica), che, a partire dal codificatore Clovis Bevilacqua,

<sup>13</sup> Mi riferisco ad una frase, troppo nota, di Vittorio Scialoja. Non è mancata però, anche in Italia, una resistente contraria posizione, che si precisa da Contardo Ferrini a Giorgio La Pira: «Chi studia con criteri pratici il Diritto romano, chi non lo riguarda come un avanzi di archeologia, ma come un organismo vivo, non può non preferire alla splendida forma del Diritto romano classico, la più evoluta sostanza del Diritto romano giustiniano, che ancora noi sentiamo in fondo ai nostri istituti giuridici, e inordire ad essi quella perenne giovinezza» (C. FERRINI, *Lezioni di diritto romano*, raccolte dagli studenti, Pavia 1898—99, p. 5); «Codificazione e giurisprudenza del diritto privato in tutto l'occidente — cheché dicano e facciano in contrario certe tendenze così ingiustamente antiromane! — sono ancora, nella loro sostanza, diritto romano» (G. LA PIRA, „Problemi di sistematica e problemi di giustizia nella giurisprudenza romana”, in *Atti del V Congresso Nazionale di Studi Romani* (Roma 1938), V, Roma 1946, pp. 22 ss. E' possibile vedere in questa stessa linea pagine di Salvatore Riccobono, di Emilio Betti, di Giuseppe Grosso, ad esempio.

<sup>14</sup> J. BRYCE, *Studies* cit., II, pp. 172—202; I, pp. 85—144 (trad. ital. cit., p. 163: «unità originaria»).

<sup>15</sup> J. BRYCE, *The Holy Roman Empire* (I ed. 1864), London 1904, trad. ital. di U. Balzani, *Il Sacro Romano Impero*, II ed., Milano 1907, pp. 1 ss.: «... parlando meno di avvenimenti che di principi, tentare di descriver l'Impero non come uno stato ma come una istituzione creata da un meraviglioso sistema d'idee e informatrice di esso»; *ibid.*, p. 496 n. 2: «La Gran Bretagna aveva rifiutato nel 1806 di riconoscere la dissoluzione dell'Impero. E veramente può asserirsi che a rigor di legge l'Impero non fu mai estinto, ma vive come uno spirito incorporato fino ad oggi». Cfr. in proposito P. CATALANO, „L'idea di impero romano”, in *Studi Sarsaresi*, s. III, 8, *Cultura iberica e diritto romano* (1980—1981), pp. 3 ss.

<sup>16</sup> G. W. F. HEGEL, *Die Verfassung Deutschlands* (1802—1803), in *Hegels Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie* (*Sämtliche Werke*, VII), a cura di G. Lasson, Leipzig 1913; trad. ital. A. Plebe: G. G. F. HEGEL, *Scritti politici* (1798—1806), Bari 1961.



caratterizza la scienza giuridica brasiliana, nella consapevolezza delle realtà geoculturali, in particolare di quelle latine d'America e d'Europa (v. infra, par. 5).

Nel quadro di una tradizione giuridica che esalta il ruolo della dottrina attraverso lo stesso codice (non dimentichiamo che del Codice Civil di Vélez Sársfield, attualmente in vigore nelle Repubbliche di Argentina e Paraguay, fanno parte integrante le note redatte dal codificatore)<sup>17</sup> si spiega, per altro verso, che da numerosi giuristi dell'America meridionale venga con insistenza sottolineata la distinzione tra „validità” ed „effettività” (o „efficacia”) del diritto, così come tra „attualità” e „positività”, riaffermandosi il ruolo storico della *interpretatio prudentium* e dello *ius naturale*<sup>18</sup> incisive le parole del romanista dell'Universidad de Córdoba Agustín Díaz Biale (autore tra l'altro di attenti studi sull'importanza del diritto romano nell'opera di Vélez Sársfield): «Probada su recepción definitiva, probado que él está en el derecho actual, que es actual, que es la norma misma muchas veces, ya la discusión acerca del valor del Derecho Romano es ociosa, y la actitud metódica es estudiarle para captar su valor científico»<sup>19</sup> egli ha precisato recentemente: «La sistemática relación científica entre el *Corpus Iuris Civilis* y las instituciones civiles del Código, no son expresiones de una tradición romanística: sino la presencia real y organizada del Derecho Romano en el Código Civil Argentino. [...] No se puede considerar al Derecho Romano como un derecho histórico, pues esto, implica escindir un proceso científico constante tal cual es el desarrollo unitario de la ciencia del Derecho principalmente en el derecho privado civil».<sup>19/a</sup>

Il civilista dell'Universidad Nacional di Bogotá, Arturo Valencia Zea, da un punto di vista ancora diverso (secondo cui «el derecho objetivo es el conjunto de códigos y leyes no codificadas que rigen la vida social de la personas que forman un pueblo») afferma: «El derecho civil que rige la vida social y económica de los pueblos occidentales (excepción hecha de los países anglosajones) es derecho romano; derecho romano profundamente transformado a través de más de veinte siglos de asimilación, pero derecho romano en todo caso».<sup>20</sup>

<sup>16/a</sup> G. W. F. HEGEL, op. trad. cit., p. 46.

<sup>17</sup> V. A. CHANETON, *Historia de Vélez Sársfield* (1938), rist. Buenos Aires 1969, pp. 418 s. Nonostante una sentenza della Corte Suprema del 1934, non si ritiene, generalmente, che le „notas” abbiano la stessa gerarchia normativa delle „leyes”: vedi G. L. ALLENDE, „Sobre las ‚Notas’ del Código Civil” in *La Ley* (9 de agosto de 1971), t. 143, pp. 1—5; L. MOISSET DE ESPANES, „Reflexiones sobre las ‚notas’ del Código civil argentino” in *Studi Sassaresi*, s. III, 5 (1977—78), pp. 445 ss.

<sup>18</sup> Vedi ad es. R. LIMONGI FRANCA, *Princípios gerais de direito*, II ed., São Paulo 1971; ID., „Le droit scientifique en tant que règle positive”, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 8 (Abril-Junho 1979), pp. 21. ss.; A. FERRAZ PEREIRA, *O direito como ciência*, São Paulo 1980: il primo capitolo è intitolato «Inatualidade do direito civil, atualidade do direito romano».

<sup>19</sup> A. DÍAZ BIALET, *La recepción del derecho romano en la Argentina*, Córdoba 1951, p. 53 („Tercera Parte: Conclusiones sobre el método de interpretación y la política jurídica”); cfr. ID., „La crisis del derecho y la crisis del derecho romano”, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, I, Torino 1960, pp. 547 ss.

<sup>19/a</sup> A. DÍAZ BIALET, „La transfusión del derecho romano en la Argentina (S. XVI—XVIII) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil argentino (1864—1869)”, in *Studi Sassaresi*, s. III, 5 (1977—78), pp. 281; 293.

<sup>20</sup> A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, VIII ed., I, Bogotá 1979, pp. 1 s.; 35.

Non si può ridurre il diritto romano a „diritto storico” (o „materia storica”, per usare le parole del Pólay; v. supra par. 1). Si tratta invece di ricostruire o costruire lo *ius Romanum* attraverso la „notizia delle realtà” e la „scienza del giusto” (cfr. Ulpiano D. 1,1,10).

Per comprendere l'ampiezza di ciò che chiamiamo diritto romano è necessario evitare di repprasantarlo in termini di „ordinamento” (effettivo o magari statale) e considerarlo invece un insieme di realtà e valori, che è compito del giurista costantemente identificare. La continuità e resistenza del diritto romano comporta anche oggi l'utilizzazione di nuovi strumenti concettuali (anche, ma non soltanto, a scopo storiografico) in permanente confronto e connessione con la *potissima pars* dell'insieme, cioè il suo *principium* (cfr. Gaio D. 1,2,1).

### 3. AREE CULTURALI, ORDINAMENTI GIURIDICI, SISTEMI GIURIDICI

Per comprendere sia realtà storiche più ampie di quelle sottostanti alle odierne sovranità (più o meno effettive) degli stati sia concezioni del diritto come nettamente distinto dai fatti che lo applicano (o lo violano), appare utile l'uso (in accezioni concettualmente precise) del termine „sistema”.

E' necessario partire da alcuni risultati di lavori interdisciplinari nelle scienze sociali.

a) L'antropologia ha collegato tra loro la storiografia, la linguistica (e la letteratura), la sociologia e le scienze giuridiche.

Prendiamo un esempio all'interno della „scuola evoluzionistica”: il brasiliano Darcy Ribeiro distingue in ogni formazione „socio-culturali” un „sistema adattativo”, un „sistema associativo” (in cui sono comprese anche le istituzioni politiche, religiose, educative ecc.) e un „sistema ideologico”; questi tre sistemi formano la „cultura” della società.<sup>21</sup> Si devono però ricordare i diversi punti di vista critici riguardo all'evoluzionismo: per esempio quello di Claude Levi-Strauss.<sup>22</sup>

b) La storia, in quanto scienza sociale, si appoggia sempre più a discipline „vicine”, soprattutto alla geografia ed alla economia. Grazie a questo sono state individuate, in vario modo, grandi regioni continentali socio-culturali.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> D. RIBEIRO, *O processo civilizatorio. Etapas da evoluç sociocultural*, Rio de Janeiro 1968.

<sup>22</sup> Cfr. C. LEVI-STRAUSS, *Race et histoire*, Paris 1952. Levi-Strauss si reco all'Università di São Paulo nel 1934: «il reconnaît lui-même qu'au moment où il s'est embarqué pour le Brésil, il ignorait tout de l'ethnologie» (M. MARC-LIPIANSKY, *Le structuralisme de Lévi-Strauss*, Paris 1973, pp. 17 ss.). Per una critica dell'evoluzionismo dal punto di vista della storia del diritto (e del diritto romano), che mira a una collaborazione interdisciplinare tra l'antropologia e la scienza giuridica, cfr. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino 1960, pp. 105 ss., 451 ss.; ID., „Intervento” in *Annali di Storia del Diritto*, 10—11 (1966—67), pp. 469—471.

<sup>23</sup> Vedi P. CHAUNU, *Histoire Science Sociale. La durée, l'espace et l'homme à l'époque moderne*, Paris 1974; F. MAURO, „Pour une classification des sciences humaines”, in *Mélanges en l'honneur de Fernand Braudel*, II, Toulouse 1973, pp. 397 ss.; cfr. T. STOIANOVICH, *French Historical Method; the „Annales” Paradigm*, Ithaca 1976, e alcune osservazioni critiche sui lavori di F. Braudel nell'opera dello storico polacco J. TOPOLSKI, *Metodologia della ricerca storica* (trad.

Hanns-Albert Steger parla di „continenti socio-culturali” ricordando la lista proposta dal sociologo norvegese Johan Galtung: Giappone, Cina, Asia del Sud-Est, Nord-America, America Latina, Europa occidentale, Europa orientale, Paesi arabi, Africa nera, Sud-Africa.<sup>24, 24/a</sup>.

c) La utilizzazione del concetto (o meglio: dei concetti) di „sistema si impone sempre di più.

Bastano alcuni esempi. Tra gli specialisti di relazioni internazionali rappresentanti della sociologia storica (sostenitori pertanto, del „approche classique”) citerò Stanley Hoffmann.<sup>25</sup> Recentemente si è voluto formalizzare in termini di visione „sistemica” lo studio della storia delle civiltà di Toynbee.<sup>26</sup>

In tale quadro è più facile spiegare come si sviluppino tra i giuristi, specialmente tra gli storici del diritto ed i comparatisti, due tendenze, entrambe direttamente o indirettamente connesse all'individuazione, al di là dei diritti („ordres”, ordinamenti) statali e nazionali, di „sistemi” giuridici che li ricomprendono e li superano (sistemi fondati su realtà etniche, ideologiche, economiche oltre che, ovviamente, su una comunanza di caratteri giuridico-formali e dottrinari).<sup>27</sup>

In primo luogo si tende ad approfondire lo studio delle relazioni tra „aree giuridiche” e „aree culturali”, tra Rechtskreise e Kulturkreise (per

---

dal polacco di R. C. Lewanski), Bologna 1975, pp. 183; 678. Si hanno buoni esempi di collaborazione interdisciplinare negli studi concernenti le aree geo-storiche: vedi ad es. il volume *Lateinamerika*, edito da J. SANDER e H. A. STEGER (Fischer Länderkunde, 7) Frankfurt a.M. 1973; il numero della rivista *Monde en développement*, 2 (1973), sul tema „La Méditerranée et le développement” (con articoli di M. LE LANNOU e altri). Cfr. in generale P. CATALANO, „Los estudios sobre áreas geoculturales”, in *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos* (Universidad Simón Bolívar, Caracas), 9—10 (Julio—diciembre 1980), pp. 13 ss.

<sup>24</sup> A. H. STEGER, „Discussione” in *Diritto romano e università dell'America Latina* (= Index, 4, 1973), p. 104; cfr. ID., „Weltzivilisation und Regionalkulturen. Perspektiven vergleichender Kultursociologie im Zeitalter weltweiter Industrialisierung”, in *Wirtschaftskräfte und Wirtschaftswege*, IV (= *Beiträge zur Wirtschaftsgeschichte*, h. v. H. Kellenbenz u. J. Schneider, 7) Bamberg 1978, pp. 649 ss.

<sup>24/a</sup> Per quanto riguarda lo studio delle relazioni internazionali si può menzionare qui J. C. GAUTRON, „Le fait régional dans la société internationale”, in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain. Colloque de Bordeaux*, Paris 1977, pp. 4 ss.; J. C. PUIG, „Derecho internacional americano, nacionalismo latinoamericano y régimen internacional”, in *Mundo Nuevo. Revista de Estudios Latinoamericanos* (Universidad Simón Bolívar, Caracas), 1 (julio—septiembre 1978), pp. 94 s., anche su certe conclusioni paradossali dell'opera di B. M. RUSSET, *International Regions and the International System: A study in Political Ecology*, Chicago 1967.

<sup>25</sup> Cfr. PH. BRAILLARD, *Philosophie et relations internationales*, Genève 1974, pp. 22 s.; 31 ss.

<sup>26</sup> A. LEPSCHY—S. MILO, „Su un modello formalizzato per la rappresentazione delle concezioni di A. Toynbee sulla dinamica degli eventi storici”, in *Scienza*, 70, I—IV (1976) (11, pp. 11 ss. Affatto diversa è la prospettiva metodologica di A. HEUSS, „Geschichte als System?”, in *Die Funktion der Geschichte in unserer Zeit*, h. v. E. Jäckel u. E. Weymar, Stuttgart 1975, pp. 26 ss.

<sup>27</sup> Vedi M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel 1971, pp. 39 ss.; L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, I, Paris 1972, pp. 46 ss.; passim; H. EICHLER, „Codificación de derecho civil y teorías de los sistemas de derecho”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 68 (1973), pp. 229 ss.

utilizzare alcuni dei concetti più correntemente utilizzati): mi limito a menzionare l'ampia relazione del polacco Juliusz Bardach al Colloquio organizzato, nell'ottobre 1973, dall'Università di Varsavia in collaborazione con l'Accademia Nazionale dei Lincei.<sup>28</sup>

In secondo luogo si tende, nei contesti culturali e linguistici in cui il termine „sistema” conserva una possibilità di utilizzazioni nettamente diverse da quelle dei termini derivati dalla radice di *ordo*, a dare rinnovata descrizione e spiegazione dei fenomeni giuridici attraverso vari usi, appunto, del termine „sistema” (del resto già ampiamente usato, pur con diversi significati, particolarmente nel secolo XIX, dalla Scuola storica tedesca, da Rudolph von Jhering e oltre).<sup>29</sup> Tali usi possono avere vari scopi: a) chiarire le relazioni tra il sistema „ideale” dello *ius Romanum* e i diversi ordinamenti giuridici „effettivi” attraverso i quali esso via via si estende, in Europa, durante le età medioevale e moderna (vedi la relazione di Guido Astudi al citato Colloquio di Varsavia);<sup>30</sup> b) evidenziare la differenza tra gli „ordres juridiques”, nella loro pluralità, ed il „sistema” giuridico, quando questo è particolarmente complesso, come nel caso del Marocco, ove coesistono (secondo quanto è stato sottolineato in studi apparsi recentemente nella rivista della Facoltà giuridica di Rabat), almeno tre „ordres juridiques”: „usages et coutumes”, „prescriptions musulmanes”, „droit français”;<sup>31</sup> c) sottolineare la

<sup>28</sup> J. BARDACH, „La réception dans l'histoire de l'Etat et du droit”, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsavia 1978, pp. 27 ss.; ID., „La réception comme facteur dans l'histoire de la culture”, in *Slavica Gandensia*, 6 (1979), pp. 7 ss.

<sup>29</sup> Vedi la bibliografia in N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974; T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Conceito de sistema no direito*, São Paulo 1976; I. L. DE LOS MOZOS, „Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico”, in *Estudios Jurídicos en homenaje al professor Federico de Castro*, 1976, pp. 323 ss.; N. SALDANHA, *O problema da história na ciência jurídica contemporânea*, II ed., Porto Alegre 1978, pp. 81 ss.; 103 ss.; A. POLÁČEK, *Systeme und Strukturen. Beiträge zur Methodik der Geisteswissenschaften*, Kiel 1976, e anche la discussione con lo storico polacco J. TOPOLSKI, in *Quaderni di Storia*, 4 (luglio—dicembre 1976), pp. 145—168.

<sup>30</sup> G. ASTUTI, „Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del rinascimento giuridico”, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, cit., pp. 5 ss.

<sup>31</sup> Cfr. J. DEPREZ, „Réflexions sur la connaissance du phénomène juridique au Maroc. Projet pour une recherche adaptée aux réalités marocaines”, in *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 1 (décembre 1976), pp. 63 ss.; 71 ss.; N. BOUDERBALA, „Aspects de l'idéologie juridique coloniale”, in *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 4 (juin 1978), pp. 95 ss. Fenomeni politici simili possono certamente essere descritti con termini diversi: in relazione ad altri paesi del Maghreb vedi ad es. F. CASTRO, „Sulle componenti e le prospettive della nazionalità algerina come problema giuridico”, in *Scritti in onore di L. Vecchia Vaglieri*, I (= Istituto Universitario Orientale di Napoli, *Annali*, N. S. 14) Napoli 1964, pp. 49 ss.; J. LADJILI, „Puissance des agnats, puissance du père, De la famille musulmane à la famille tunisienne”, in *Revue tunisienne de Droit*, 1972, pp. 25 ss.; C. BONTEMS, „Une technique jurisprudentielle de pénétration du droit matrimonial français en Algérie: l'option de législation”, in *Revue algérienne des sciences juridique économiques et politiques*, 15, 4 (décembre 1978), pp. 37 ss.; P. CATALANO, „Résistance des traditions, pluralité des ordres et rencontre des systèmes juridiques dans l'aire méditerranéenne. Quelques précisions de concepts”, in *Beryte*, (Revue universitaire, éditée par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Administratives de l'Université Libanaise) a. III, n. 6 (décembre 1981), pp. 12 ss.; J. LADJILI, „Histoire du droit méditerranéen. Colloque de Sassari...”, in *Revue tunisienne de Droit*, 1982, pp. 810—823; cfr. ID., *ibid.*, 1980, pp. 707—715.

stretta connessione tra forme giuridiche e realtà etniche ed economiche continentali o subcontinentali (così lo spagnolo José Maria Castán Vázquez parla chiaramente di un „sistema jurídico iberoamericano”).<sup>32</sup> Sono solo esempi.

E' evidente che ho qui tenuto conto degli usi più recenti del termine „sistema”, propri degli storici del diritto e dei comparatisti. Prescindo dagli usi fattine da studiosi di filosofia del diritto e informatica giuridica nel distinguere il „sistema giuridico momentaneo” (o „sincronico”) dal „sistema giuridico diacronico” (il cui criterio di identità dipende essenzialmente dall'identità delle relative formazioni sociali).<sup>33</sup> Ritengo peraltro che anche i filosofi del diritto, nel definire il „sistema giuridico diacronico” e nell'individuare i criteri di identità (affrontando quindi i problemi della continuità) possano tener conto delle linee per una ricerca collettiva di scienze sociali tracciate da un famoso studioso delle civiltà del Mediterraneo: „matematizzazione”, „riduzione allo spazio”, „lunga durata”.<sup>34</sup>

Il significato del termine „diritto romano” viene così definito nel momento stesso in cui si riafferma l'identità del sistema giuridico che ha il suo *principium* nella fondazione della città di Roma (città che è „sopravvissuta” allo stato, per usare una espressione degli „scritti teologici giovanili” di Hegel [1796]).

#### 4. I GRANDI SISTEMI GIURIDICI CONTEMPORANEI

All'inizio di questo secolo, James Bryce, professore di „Civil Law” a Oxford, osservava che due sistemi giuridici coprivano in quel momento quasi tutto il mondo: il diritto romano (considerando il diritto russo «a sort of modified Roman law» ed il diritto inglese; con due sole eccezioni di «considerable masses of population»: musulmani orientali e la Cina).<sup>35</sup> Oggi la situazione può dirsi notevolmente mutata solo per le conseguenze, dirette o indirette, della Rivoluzione russa. In effetti, il lavoro compiuto dagli storici del diritto e dai comparatisti porta ad individuare quattro sistemi giuridici di rilevanza mondiale: il sistema romanista (di cui quello latinoamericano costituisce un sottosistema), il sistema anglosassone (di cui quello nordame-

<sup>32</sup> J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, „El sistema jurídico iberoamericano”, in *Revista de estudios políticos*, 157 (1968), pp. 209 ss.; ID., „El sistema de derecho privado iberoamericano”, in *Estudios de derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia), 75 (marzo 1969); cfr. infra n. 89. Vedi in generale, sui concetti di „ordinamento” e „sistema”, J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, II ed., Lima 1967, pp. 81 ss.; 91; 110 ss.

<sup>33</sup> Vedi, ad es. C. E. ALCHOURRÓN—E. BULYGIN, „Sobre el concepto de orden jurídico”, in *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía*, 8 (1976), n. 23, pp. 3 ss.

<sup>34</sup> F. BRAUDEL, „Histoire et sciences sociales. La longue durée”, in *Annales E. S. C.*, 13 (1958), 4 pp. 725 ss. (cfr. ID., *Ecrits sur l'histoire*, Paris 1969).

<sup>35</sup> J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, cit., I, pp. 85 ss.; 142 ss. (cfr. II, pp. 209 ss. sul diritto musulmano). E' stato osservato anche recentemente: «Si l'on peut répartir les systèmes juridiques qui se partagent le monde à l'heure actuelle en groupes ou familles de droit, on sera forcé de constater que le système juridique musulman peut servir comme un terme de comparaison qui vient se juxtaposer au système aglo-saxon et au système romain» (CH. CHEHATTA, *Etudes de droit musulman*, Paris 1971, p. 13).

ricano costituisce un sottosistema), il sistema socialista ed il sistema musulmano.

Non va poi dimenticato che esistono diritti che, per motivi diversi, non possono essere ricondotti ai quattro grandi sistemi mondiali (definiti geograficamente e storicamente): basti qui menzionare il diritto canonico<sup>36</sup> e il diritto indù.<sup>37</sup>

Storici del diritto e comparatisti hanno, in vario modo, elaborato concetti quali „diffusione”, „penetrazione”, „recezione”, „resistenza”, per comprendere e descrivere i fenomeni di rapporti tra i diversi ordinamenti e sistemi giuridici.<sup>38</sup>

Dei quattro sistemi sopra citati, almeno due (quello socialista e quello musulmano) hanno una tendenza espansiva potenzialmente universale.

Il sistema anglosassone, invece, appare strettamente legato a realtà etnolinguistiche particolari; ha scritto il noto comparatista nordamericano John Henry Wigmore: «Aussi, pour l'avenir également, en passant en revue les diverses régions, nous pourrions nous attendre à ce que partout où ce seront des Anglais et partout où ce seront des Américains du Nord qui constitueront la masse populaire ou la classe politique dominante, on trouvera plus ou moins de la Common Law anglaise. Dans ces endroits, mais nulle part ailleurs».<sup>39</sup> Ma non possono essere taciuti i fenomeni di penetrazione del sistema anglosassone non solo in paesi di diritto romano (v. infra par. 6, a proposito della teorizzazione di Roscoe Pound), ma anche in paesi di diritto musulmano; e soprattutto va ricordata la recezione del diritto inglese in India.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Vedi G. LE BRAS, *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, 1 *Prolegomènes*, Paris 1955, che utilizza il concetto di sistema.

<sup>37</sup> Posso qui limitarmi a citare alcuni lavori di J. D. M. DERRETT: *Introduction to Modern Hindu Law* Bombay 1963; *A Critique of Modern Hindu Law*, 1970.

<sup>38</sup> H. LEVY-BRUHL, „Note sur les contacts entre les systèmes juridiques”, in *Symbolae R. Taubenschlag dedicatae* (= Eos, 48, 1956), Vratislaviae—Varsaviae 1956, fasc. 1, pp. 27 ss.; I. ZAJTAY, „La réception des droits étrangers et le droit comparé”, in *Revue internationale de droit comparé*, 9 (1957), pp. 686 ss.; J. GAUDEMENT, „Les transferts de droits”, in *L'année sociologique*, 27 (1976), pp. 29 ss. Il termine „diffusione” può essere usato in senso generico, ma può anche assumere un significato specifico se contrapposto a „penetrazione”: v. ad es. P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, trad. di A. Biscardi, Firenze 1962, pp. 279 ss. (il Koschaker giustapponeva „Ausdehnung», „Aufdrängung», „pénétration pacifique»: *Europa und das Römische Recht*, München 1947, p. 162 n. 2, riguardo al diritto inglese). Per un esame critico dell'uso del termine „recezione” vedi E. GENZMER, „Über historische Rechtsvergleichung”, in *Buts et méthodes du droit comparé*, Padova—New York 1973, pp. 249 ss. Il termine „resistenza” è usato anche da P. DE FRANCISCI, Recensione a P. Koschaker, op. cit., in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 85 (1948), pp. 438 ss.

<sup>39</sup> J. H. WIGMORE, „L'avenir du système juridique anglo-américain” in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris 1938, 2, pp. 104 ss. Sulle relazioni tra il sistema anglo-sassone e l'„efficiacia economica”, v. ad es., E. MACKAAY, „Un modello formale di sviluppo giurisprudenziale”, in *Informatica e diritto*, 5, 1 (gennaio-marzo 1979), pp. 199 ss., e alcuni articoli apparsi in *Law, Growth and Technology*, Editor D. N. WEISSTUB (= CIDOC—Centro Intercultural de Documentación, Cuaderno No. 1019), Cuernavaca 1972.

<sup>40</sup> René David, nel notare l'appartenenza dell'odierno diritto dell'India al sistema anglosassone (da lui denominato «famille de la Common Law» ha sottolineato che la lingua inglese è rimasta lingua ufficiale di quel diritto anche dopo che l'India è divenuta Repubblica indipendente; egli ha negato che il giurista

Il sistema romanista è stato strettamente legato, sino al VI secolo d.C. e, in Occidente, ancora oltre, sino al XVIII secolo, all'uso della lingua latina; tale collegamento si è attenuato con le codificazioni moderne: in particolare il *Code Napoléon* (1804) ed il *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900). I codici moderni, elaborati sia in area culturale latina, sia in area culturale germanica, hanno costituito il tramite della diffusione del sistema romanista in aree culturali assai diverse da quella originaria, anche indipendentemente da ogni colonizzazione, bensì, potremmo dire, per rivoluzioni interne: sono i casi, ad esempio, del Giappone e dell'Impero ottomano (e poi della Repubblica di Turchia).<sup>41</sup>

L'incontro del sistema con il sistema musulmano si verifica particolarmente nei paesi arabi dell'Africa settentrionale ed altresì in Libano, Siria e (con alterne vicende rispetto ad una penetrazione del sistema anglosassone) Palestina, Giordania e Iraq.<sup>42</sup> Tale incontro rinnova relazioni più antiche, che vanno dagli apporti dati al nascente diritto musulmano dal diritto dell'Impero romano d'Oriente<sup>43</sup> fino agli influssi del diritto musulmano su istituzioni dell'Europa medioevale.<sup>44</sup> A quest'ultimo proposito farò qui un esempio interessante per l'ampiezza spazio-temporale del fenomeno (anche se assai discusso e discutibile): secondo il grande arabista Ribera Tarragó, il „Justicia de Aragón” sarebbe di origine musulmana;<sup>45</sup> e noto che il „Justicia” costituisce un antecedente di quell'istituto principale della tradizione giuridica latinoamericana che è il „Juicio de amparo”.<sup>46</sup>

Le connessioni, strettissime per ciò che riguarda i concetti e la tecnica giuridica, tra il sistema romanista (identificato oggi con l'insieme dei diritti „romano-germanici” dei paesi capitalisti) e il sistema socialista sono state

---

possa rispondere alla questione se l'originalità del diritto dell'India si affermerà, in futuro, all'interno o all'esterno del sistema anglosassone: R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, terza edizione, Paris 1969, pp. 518 ss.; questi paragrafi dell'opera di David sono stati poi ampiamente modificati: vedi la settima edizione, Paris 1978, pp. 520 ss.

<sup>41</sup> Vedi F. CASTRO, *Lineamenti di storia del diritto musulmano*, II, *Dall'Impero ottomano alla Repubblica di Turchia*, Venezia 1979. Sull'insegnamento del diritto romano e la codificazione del diritto dopo la Rivoluzione di Kemal Atatürk, vedi lo scritto di S. TALIP, in *Capitolium, Roma hukuku ve tarihi mecmuasi*, 2 (1935), pp. 79 ss. (l'autore era direttore della rivista, pubblicata ad Istanbul).

<sup>42</sup> B. O. BRYDE, „The Reception of European Law and Autonomous Legal Development in Africa, in *Law and State*, 18 (1978), pp. 21 ss.; CH. CHEHATA, *Droit musulman. Applications au Proche Orient*, Paris 1970; F. CASTRO, „Sistema sciaraitico, *siyāsa ʿarabiyya* e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente”, in *Il Mondo Islamico tra interazione e acculturazione*, Roma 1981, pp. 165—202.

<sup>43</sup> Vedi J. SCHACHT, „Droit byzantin et droit musulman”, in Accademia Nazionale dei Lincei. Fondazione A. Volta, *Atti dei Convegni*, 12, *Convegno di scienze morali, storiche e filosofiche* (27 maggio — 1 giugno 1956), *Oriente ed Occidente nel Medio Evo*, Roma 1957, pp. 1957, pp. 197 ss.

<sup>44</sup> Vedi brevemente, in relazione al diritto commerciale, J. SCHACHT, op. cit., pp. 215 s.; SOUFY HOSSAN ABOU-TALIB, *Le periculum rei venditae en droit romain et en droit musulman*, Le Caire 1958.

<sup>45</sup> J. RIBERA TARRAGÓ, *Orígenes del Justicia de Aragón*, Zaragoza 1897; cfr. TH. F. GLICK, *Islamic and Christian Spain in the Early Middle Ages. Comparative Perspectives on Social and Cultural Formation*, Princeton, New Jearsy 1979, pp. 7; 207.

<sup>46</sup> V. FAIREN GUILLEN, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México 1971, pp. 9 ss.

sovente discusse, da differenti punti di vista storiografici e ideologici. Meglio sarebbe porre il problema dei diversi rapporti che il diritto romano giustiniano ha con gli ordinamenti dei paesi capitalisti da un lato e con il sistema socialista dall'altro.<sup>47</sup>

Questo lavoro storico-comparativo implica un'analisi degli elementi formali dei sistemi giuridici attraverso l'individuazione di tre livelli: „concetti”, „principi”, „norme”; a ciascuno dei livelli corrisponde un grado decrescente di stabilità nel tempo e nello spazio. Questo lavoro storico-comparativo implica altresì una individuazione dei rapporti tra i suddetti livelli formali ed i fatti (o „casi”) nei diversi sistemi.<sup>48</sup> Mette conto ricordare la precisa distinzione già operata da uno degli iniziatori della contemporanea comparazione giuridica, Henry Maine, in un saggio su „diritto romano ed educazione giuridica” (pubblicato nei *Cambridge Essays* del 1856): «nous devons rappeler au lecteur que le Droit romain n'est pas, comme le Droit anglais, un système de casus. C'est un système dont on peut dire, en vue de la pratique, et si

<sup>47</sup> Vedi D. STOJCEVIC, „Le Droit Romain et les Droits des Pays Socialistes”, in *Romanitas*, 9 (1970), pp. 485 ss.; R. SACCO, „Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti”, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, IV, Torino 1971, pp. 739 ss.; P. BLAHO, „Das Römische Recht und die Methode der Rechtsvergleichung”, in *Aktuelle Fragen der Methodologie in den Altertumswissenschaften*, Rostock 1979, pp. 33 ss. E' interessante, a questo proposito, la recensione di Witold Wolodkiewicz al manuale di K. KOLANCZYK, *Prawo rzymskie*, III ed., Warszawa 1978; il W. condivide la posizione del K., il quale «non scorge nel diritto romano un sistema chiuso, condannato a vivere nel proprio stretto ambito, e non oltre, ma vede e traccia la sua evoluzione e il suo influsso sulla formazione di concetti giuridici contemporanei»; conseguentemente il W. critica però «l'affermazione secondo la quale per comprendere il diritto civile di tipo capitalistico si deve metterlo in „relazione di continuità” col diritto romano, mentre per la comprensione del diritto civile di tipo socialistico è salutare fra esso e il diritto romano „la relazione di contrasto”». Secondo il W. «l'imperituro (si potrebbe dire dialettico) valore del diritto romano sta proprio nel fatto che i concetti e le istituzioni da esso formati potevano e possono tuttora essere adoperati indipendentemente dalle diversità delle condizioni sociali ed economiche. Servivano con successo a società dai più differenti sistemi politici e contenuti sociali. In questo senso il diritto romano è il punto di collegamento (perlomeno formale) fra i vari sistemi giuridici, ed è anche la base per una migliore spiegazione di essi» (W. WOŁODKIEWICZ, in *Iura*, 29 [1978] pp. 253 ss. Con queste due diverse posizioni si può confrontare anche una terza, che troviamo in riferimento al concetto di contratto: «Nel socialismo il principio dell'uguaglianza contrattuale conserva la forma e tutte le valenze che le sono inerenti, ma, a differenza delle società anteriori, il suo contenuto materiale assicura il compimento di ciò che i Romani hanno preconizzato senza realizzarlo: l'uguaglianza totale, da tutti i punti di vista, delle parti contraenti. Questa uguaglianza giuridica è la conseguenza naturale delle possibilità economiche riconosciute in uguale misura a tutte le persone. Fra teoria e pratica, volontà e atto, le leggi del socialismo assicurano una perfetta concordanza» (V. HANGA, „Importanza del diritto romano alla luce della concezione dialettica e materialistica”, in *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni* a cura di G. Meloni, Roma 1983, p. 230).

<sup>48</sup> In generale sui concetti giuridici, come parte più stabile di ogni sistema giuridico, vedi I. ZAJTAY, „Begriff, System und Präjudiz in den Kontinentalen Rechten und im Common Law”, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 165 (1965), pp. 97 ss.; ID., „La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux”, in *Revue internationale de droit comparé*, 18 (1966), pp. 353 ss.; T. IONASCO, „Quelques considérations sur le droit comparé et les systèmes socio-politiques”, in *Buts et méthodes du droit comparé*, cit., pp. 443 ss. Sulle traduzioni terminologiche vedi L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, II, Paris 1974, pp. 144 ss.



l'on ne vise point trop à l'exactitude, qu'il se compose de principes formels el de règles écrites». <sup>48/a</sup>

In tale prospettiva storico-comparativa, i concetti di „sistema giuridico romanista”, come si vedrà (infra par. 7), di „sistema giuridico latino americano” assumono una funzione unificante analoga a quella avuta da *ius Romanum* soprattutto a partire dal III secolo d.C. (v. supra par. 2).

## 5. DIRITTO ROMANO E „DIRITTO LATINOAMERICANO”

All'interno di ciascun sistema giuridico (ad es. il sistema romanista) si possono individuare sottodistinzioni anche sulla base di elementi etnici (ad es.: „diritti dei popoli latini” e „diritti dei popoli germanici”).<sup>49</sup> Come è noto, è assai discussa la possibilità di individuare, all'interno del sistema romanista, un „gruppo” (o „famiglia giuridica”) „iberoamericano”, comprendente anche Spagna e Portogallo<sup>50</sup> ovvero, piuttosto, in considerazione delle particolari

<sup>48/a</sup> H. SUMNER MAINE, *Etudes sur l'histoire du droit*, traduit de l'anglais avec l'autorisation de l'auteur, Paris 1889, p. 368; il confronto, assai attuale, così prosegue: »En Angleterre, le travail du juriste consiste à extraire des précédents une formule qui, tout en les embrassant, puisse embrasser aussi l'état des faits litigieux; et la tâche des avocats adverses est de chercher dans ces mêmes précédents, ou ailleurs, les éléments de formules différentes, mais non moins appropriées en apparence. Or, en Droit romain, on n'utilise pas ainsi les précédents. Le *Corpus Juris*, comme on le peut constater à première vue, renferme un grand nombre de cas, au sens des juristes anglais; mais ce ne sont rien moins que des sources de règles, — ce sont des exemples de leur application. Ce sont, en quelque sorte, des problèmes dont l'autorité donne la solution, pour élucider la règle et montrer comment il convient de la manier et l'appliquer. Pourquoi le Droit romain a-t-il assumé cette forme beaucoup plus tôt, et beaucoup plus complètement, que le nôtre? C'est une question pleine d'intérêt, et l'une des premières que l'étudiant doit se poser. Mais, bien que les préjugés d'un Anglais lui représentent probablement une jurisprudence ainsi constituée comme une chose, à tout le moins, anormale, elle est, cependant, tout aussi facile à concevoir et tout aussi naturelle que la constitution de notre système. [...] Le Droit romain est un système de règles rigoureusement adaptées aux principes, et de cas spéciaux pour illustrer ces règles. Or, à moins que le praticien ait découvert, pour se guider, le secret du principe, il imaginera presque infailliblement des parallèles où ceux-ci n'existent point, et les laissera non moins assurément échapper là où ils existent. Bref, nul ne devrait lire son Digeste avant de posséder à fond ses Institutes. Toutefois, lorsque l'on s'est entièrement pénétré des conceptions fondamentales du Droit romain, on saisit le reste avec une facilité surprenante, — voire avec une aisance qui en rend presque l'étude un simple jeu d'enfant, pour qui est habitué aux difficultés énormes du Droit anglais» (op. cit., pp. 368 s.; 425 s.). Vedi anche la traduzione spagnola: H. SUMNER MAINE, *Historia del derecho*, Madrid s. d., pp. 232 s.; 270. Questo atteggiamento anglosassone di fronte al diritto romano non è, ovviamente, l'unico e risulta, per dir così, rovesciato nel *legal realism* nordamericano (si pensi ed esempio all'ironia politica del giudice Frank contro i »principii giuridici studiati dai romanisti»: J. FRANK, „Civil Law Influences on the Common Law. Some Reflections on 'Comparative' and 'Contrastive Law'”, in *University of Pennsylvania Law Review*, 104 (1956), trad. castigliana, *La influencia del Derecho Europeo Continental en el Common Law. Algunas reflexiones sobre el Derecho comparado y contrastado*, Barcelona 1957, p. 78.

<sup>49</sup> J. CASTAN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporaneos del mundo occidental*, Madrid 1956, pp. 31 ss.

<sup>50</sup> H. EICHLER, „Die Rechtskreise der Erde”, *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castan Tobeñas*, IV, Pamplona 1969, pp. 307 ss.; ID., *Gesetz und System*, Berlin 1970, pp. 76 ss.; ID., „Codificación de derecho civil y teoría de los

condizioni geografiche, economiche, sociali e politiche dell'America Latina, un „gruppo latinoamericano”.<sup>51</sup> A mio avviso, la seconda alternativa è preferibile perché essa permette di meglio comprendere il problema della penetrazione (non solo economica, ma anche giuridico-politica) degli Stati Uniti d'America, nonché della resistenza dei diritti latinoamericani.<sup>52</sup>

Alla fine del secolo scorso, Clovis Bevilacqua (seguendo il comparatista francese Ernest Glasson) distingueva tre gruppi di legislações: quelle in cui le influenze romane e canoniche sono »quasi nulas« (Inghilterra, Paesi scandinavi, Stati Uniti d'America e Russia); quelle che hanno assimilato il diritto romano »de un modo mais ou menos radical« (Spagna, Portogallo, Italia, Romania); quelle in cui elemento germanico ed elemento romano hanno finito con il fondersi »por quantidades quasi eguaes« (Francia, Germania, Belgio e Svizzera). Secondo il Bevilacqua »esses grupos contribuem, mais ou menos nitidamente, tres fachas que se extendem una ao Norte, outra ao centro, e outra ao Sul da Europa«;<sup>53</sup> ed aggiunge: »Necessario se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quaes não cogitou o sabio jurista francez, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das tres categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes europeas appartadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento commum, por suas condições proprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente francezes. E por desprender-se de paizes novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraia-se mais a larga.«<sup>54</sup>

La definizione di un „gruppo latinoamericano” (cioè delle legislazioni dei „povos latino-americanos”, secondo le parole del Bevilacqua), caratterizza dunque gli studi giuridici comparativi in Brasile già dal secolo scorso; e qui il punto di vista per la definizione dei „grupos” di legislazioni è quello della maggiore o minore presenza dell' „elemento romano”. Lo stesso punto di

---

sistemas de derecho”, cit., pp. 243 ss. 243 ss. Questi fa centro, per alcune »areas jurídicas« sull' »elemento determinante« linguistico. J. CASTAN TOBENAS, op. cit., pp. 45—76, parla di »sistemas jurídicos de filiación ibérica« (di cui fa parte il »grupo ibero-americano« tra i quali non è compreso Haiti »país latino-americano, que puede ser adscrito al sistema francés«: analogamente F. DE SOLA CARNIZARES, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona 1954, pp. 233 ss.

<sup>51</sup> Così già CLOVIS BEVILAQUA nel famoso *Resumo das Lições de legislação comparada sobre o direito privado*, II ed., Bahia 1897 (I ed. 1893), pp. 101 ss. In questa linea si debbono menzionare H. VALLADÃO, *Le droit latino-américain*, Paris 1954; R. DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, Paris s. d. II romanista brasiliano ABELARDO SARAIVA DA CUNHA LOBO, nel III volume dell'importante ed originale *Curso de Direito Romano* (Rio de Janeiro 1931) ha dedicato un intero titolo al (pp. 171—200) »Direito Ibero-Americano«, trattando però secondo l'esempio del Bevilacqua, di tutte le »nações latino-americanas«, compresa la Repubblica di Haiti (op. cit., pp. 11—17; cfr. 197 ss.).

<sup>52</sup> Vedi già le osservazioni di E. MINANA Y VILLAGRASA, *La unificación del derecho mercantil hispano-americano (Bases para una legislación común)*, III ed., Madrid 1929, pp. 290 ss.; J. M. CASTAN VÁZQUEZ, *El sistema de derecho privado iberoamericano* cit., p. 183.

<sup>53</sup> C. BEVILAQUA, *Resumo das Lições de legislação comparada*, cit., p. 73 n. 1. Analogamente C. L. M. DE OLIVEIRA, *Curso de legislação comparada*, Rio de Janeiro 1903.

<sup>54</sup> C. BEVILAQUA, op. cit., pp. 73 s.

vista comparativo troviamo nel *Curso de Direito Romano* di Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, edito a Rio de Janeiro nel 1931: i primi due volumi dell'opera esaminano la «organizaç o» del diritto romano e quindi la sua «expansão» (e le «causas do seu desenvolvimento»); il volume terzo tratta della «influencia universal do direito romano», con particolare riferimento alle codificazioni moderne, tracciando le caratteristiche del «direito iberoamericano» in questa prospettiva («desde as *leges regiae* até a formação do Direito Ibero—Americano»).<sup>55</sup>

Quale sia stato (e sia ancora oggi) il ruolo dell'educazione romanistica dei giuristi o più esattamente degli *abogados* latinoamericani per cementare un'unità dell'America Latina al di là delle (storicamente sovrapposte) divisioni statuali, e per affermare una cultura giuridica e politica propria, in grado di resistere a influenze estranee, è chiarito recentemente da uno studioso tedesco di sociologia dell'America Latina, oggi presidente del CEISAL (Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina).<sup>56</sup> Questa unità di attitudine mentale degli *abogados* si manifesta non solo sul piano tecnico ma anche su quello ideologico, e chiarisce sociologicamente il fenomeno di resistenza delle norme dei diritti latinoamericani alla influenza esterna (nordamericana) finora dominante, a livello sovrastutturale, solo a Porto Rico. Mette conto ricordare che il *Convenio* di integrazione educativa, scientifica e culturale dei paesi della Regione Andina (Bolivia, Cile, Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela) porta il nome del grande romanista latinoamericano Andrés Bello.

Il „grupo ibero-americano” (entro un più ampio „sistema romanístico”) è stato caratterizzato dal Castán Tobeñas come marcatamente „universalista” (in contrapposizione allo spirito nazionalista «que esclaviza a Europa»);<sup>57</sup> tale aspetto universalistico della mentalità dei giuristi latinoamericani è sottolineato anche da René David.<sup>58</sup> Da questo punto di vista si percepisce il rilievo ideologico e sociale della base romanista, e quindi della sua capacità di resistenza.

## 6. „PENETRAZIONE” DEL DIRITTO ANGLO-AMERICANO IN AMERICA LATINA

La resistenza del sistema latinoamericano sono ovviamente più o meno forti a seconda dei rami del diritto e a seconda dei paesi (sia per la diversa situazione geografica, sia per le diverse strutture economiche).<sup>59</sup> E' noto che

<sup>55</sup> A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso de Direito Romano*, III, *Influencia universal do Direito Romano*, Rio de Janeiro 1931, pp. 171 ss. (pp. 201 ss. in particolare sul diritto brasiliano).

<sup>56</sup> Vedi H. A. STEGER, „Die Bedeutung des römischen Rechts” cit., (supra n. 4); „Universidad de abogados y universidad futura” cit., (supra n. 4); *Lateinamerika* cit., (supra n. 23), pp. 261 ss.

<sup>57</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporaneos del mundo occidental* cit., pp. 61 ss.; cfr. 27 s.

<sup>58</sup> R. DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine* cit., pp. 4 ss. Vedi anche T. ASCARELLI, „Diritti dell'America Latina e dottrina italiana”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3 (1949), ora in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1952, pp. 155 ss.

<sup>59</sup> Preliminare è l'individuazione di „zonas” (geografiche e giuridiche) del continente americano: ad esempio E. J. COUTURE („El porvenir de la codificación

la maggiore intensità dell'influenza nordamericana nel diritto pubblico e specialmente nel costituzionale (in cui pure il sistema romanista ha una sua precisa unità a partire, secondo il David, dall'ispirazione di Montesquieu e di Rousseau)<sup>60</sup> dà luogo ad »orientamenti contrastanti« nel confronto anche tra vari rami pubblicistici.<sup>61</sup>

Con particolare riguardo al »problema dell'inquadramento delle esigenze e delle tendenze dell'investitore nordamericano nel sistema romanistico«, l'Ascarelli ha formulato le ipotesi di una »latinizzazione di alcuni orientamenti nordamericani« e di una »funzione mediatrice« dell'America Latina tra »mondo latino« (o »diritto romanistico«) e »mondo americano« (o »diritto anglo-americano«).<sup>62</sup> Il nostro intento è affatto diverso: si tratta di accertare quali siano i punti di maggiore o minore resistenza del sistema giuridico (romanistico) latinoamericano contro la penetrazione esterna (v. infra pr. 7).

La nostra posizione è analoga a quella assunta da Emilio Betti il quale, dopo una visita all'Universidade do Rio Grande do Sul (1958) scriveva: »E' del pari un modo di sentire assai diffuso (confermatomi da più di un collega di Porto Alegre) che fra il Brasile e gli Stati Uniti d'America non sussista punto questa intima e profonda affinità culturale che è, invece, così vivamente sentita in confronto de' paesi iberici e dell'Italia; onde, ad onta della tendenza a trattare il Sud-America quale 'zona d'influenza' degli USA, non è da prevedere o da temere una diffusione in Brasile della concezione utilitaristica che va sotto il nome di 'american way of life', né una espansione degli USA, eccetto che in dati settori della vita economica dipendenti dal capitale nord-americano«.<sup>63</sup>

Un preciso interesse per lo studio dell'attuale scontro fra diritto romano e common law si trova già in uno scritto, apparso nel 1948, di Pietro de

---

y del common law en el continente americano" in *Jordanas Franco Latino-Americanas de Derecho Comparado*, Montevideo 1948, Montevideo 1951, pp. 147 ss.) distingue la zona di common law inglese (Guayana, Bermuda, Giamaica, Bahamas, Barbados, Belice, Trinidad, Tobago, Santa Lucia ecc.), la zona di »common law angloamericano« (la grande maggioranza degli Stati degli USA), la zona in cui »el common law y la codificación se han hallado en presencia« (Canadá, Luisiana, California, Nuevo México, Colorado ecc., e particolarmente Puerto Rico) e la zona dei »países de la codificación«.

<sup>60</sup> R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, terza edizione cit., pp. 92 ss.

<sup>61</sup> Così T. ASCARELLI, op. cit., pp. 158 ss.

<sup>62</sup> T. ASCARELLI, op. cit., pp. 159; 162. L'Ascarelli era, peraltro, ben consapevole di forti differenze; ad es.: »...il viaggiatore giuridico noterà che in Brasile è, forse ancora più che negli altri paesi latini, accentuata la resistenza psicologica ad ammettere che una somma di danaro possa costituire la riparazione di un danno alla persona. Forse, in tema di risarcimento di danni, questa resistenza caratterizza in genere i diritti latini nei riguardi degli anglosassoni: caratterizza il diritto brasiliano« (T. ASCARELLI, »Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano«, in *Foro italiano*, 1947, ora in ID., *Studi cit.*, p. 98).

<sup>63</sup> E. BETTI, »Relazione sulla visita alla Universidade do Rio Grande do Sul«, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 92 (1957—1958), p. 442 (rist. con una »Postilla«, sotto il titolo »Cultura giuridica brasiliana nelle impressioni di un viaggio giuridico« in *Jus n. s.*, 10 [1959], pp. 266 ss.). Del Betti si v. anche »Breve rendiconto di una missione svolta presso la Universidad Central de Venezuela« in *Temì Romana*, 15 (gennaio—aprile 1966), pp. 36 ss., particolarmente circa l'esigenza di »contribuire a rimuovere il diaframma che oggi separa l'una dall'altra America latina« (quella di lingua castigliana e quella di lingua portoghese) e circa la »filiazione mediterranea« del Venezuela.

Francisci. Questi, criticando la tesi del Koschaker secondo cui la recezione del diritto romano sarebbe stata dovuta soprattutto al fatto che esso si presentava ai giuristi con autorità impegnativa, fa riferimento ai «casi di concorrenza fra diritto romano e diritto anglosassone», e in particolare alla provincia canadese del Québec e alla Luisiana, nonché all'accoglimento nella California e in altri Stati dell'Ovest del codice compilato (sotto l'influenza del Code Napoléon) dal Dudley Field: «Questa resistenza o ripresa di espansione del diritto romano o romanico non può spiegarsi, nei casi di resistenza, se non con la forza della tradizione, nei casi di espansione se non con la convinzione della superiorità di una legislazione sistematica sulla common law. Qui certamente non giuocano le idee politiche dell'impero, della sua universalità, e via dicendo: non giuoca nemmeno il fattore rappresentato dalla potenza anglosassone: giuoca soltanto la riconosciuta superiorità tecnica di un diritto sull'altro».<sup>64</sup>

La „concorrenza” e quindi lo scontro fra diritto romano e diritto anglosassone sono stati scarsamente considerati dai giuristi europei continentali mentre sono da tempo oggetto dell'interesse di comparatisti e romanisti latinoamericani (mi limiterò qui a citare il libro di Carlos Mouchet e Miguel Sussini sulla situazione di Puerto Rico: v. infra, par. 7, B).

Non è qui il luogo per analizzare i motivi del disinteresse dei comparatisti europei, oscillanti tra „occidentalismo” ed „europeismo”; mi limiterò ad osservare che alcune importanti eccezioni sono date dalla cultura giuridica iberica, e che una precisa prospettiva di approfondimento è assicurata dalla storia del diritto (mi riferisco agli studi di Hermann Eichler: vedi note 27; 50; 89).

Per quanto riguarda i romanisti, posso affermare che le previsioni e le opinioni del Betti e del de Francisci circa la forza della tradizione giuridica (e culturale) romana anticipavano, con sufficiente precisione, quello che è diventato uno degli oggetti principali del lavoro, negli anni settanta, del Gruppo di ricerca sulla diffusione del diritto romano. Peraltro, tali opinioni e previsioni erano e sono rimaste marginali rispetto agli interessi della dottrina romanistica europea. E varrebbe la pena di interrogarsi sulle cause dell'atteggiamento di un così grande numero di colleghi.<sup>65</sup>

Il confronto tra diritto romano attuale dell'America Latina e diritto anglosassone deve essere considerato in un quadro generale che viene certamente illuminato da quanto già nella prima metà del nostro secolo scriveva il maggiore esponente della „sociological jurisprudence”, Roscoe Pound, professore nell'Università di Harvard. Egli ha individuato la forza della „Common Law” rispetto al suo rivale „modern Roman Law” nel «modo di trattare le concrete controversie», cioè nel potere dei giudici di fare il diritto «attraverso le decisioni delle cause»: una forza che spiega la «slow but persistent invasion of the common law».<sup>66</sup> Tale „invasion” ha trovato alleati, più o meno consapevoli, purtroppo anche tra i romanisti.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> P. DE FRANCISCI, „Recensione” a P. Koschaker, *Europa und das römische Recht* (München 1947), cit., (supra n. 38), pp. 441 s.

<sup>65</sup> Vedi P. CATALANO, „Il diritto romano attuale dell'America Latina” cit., pp. 88 ss.

<sup>66</sup> Vedi R. POUND, *The spirit of the Common Law*, Boston 1921 (II ed., 1966), pp. 2—6 (descrivendo il „triumph” della *Common Law*, il professore statunitense precisava che in un punto la „anglo-american legal tradition” aveva subito una „defeat”: nella codificazione in Giappone). Cfr. ID., „Les diverses sources du droit,

Un altro merito storico del Pound è di aver visto la caratteristica di contenuto del diritto angloamericano (richiamandosi anche alle vicende del diritto germanico) in quello che egli chiama „ultraindividualism” (o „extreme individualism”).<sup>68</sup>

Orbene, una volta chiarito (come fece Francesco De Martino nella sua polemica contro i nazionalsocialisti)<sup>69</sup> che il diritto romano non è affatto individualista, si comprende la sostanza dello scontro tra il sistema giuridico latinoamericano ed il diritto angloamericano.

## 7. ALCUNI ELEMENTI DI UNITÀ E RESISTENZA DEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

A. Inizialmente si deve soffermare l'attenzione, piuttosto che sulle istituzioni pubbliche (in cui, come si è detto, l'influsso del diritto nordamericano è più forte), su quelle che costituiscono il tessuto più stabile della società (istituzioni familiari e istituzioni agrarie) per confrontarle poi con alcuni aspetti delle istituzioni in maggior misura connessi con i mutamenti provocati dallo sviluppo neocapitalistico (istituzioni commerciali).

L'individuazione dei principali fattori di unità del sistema giuridico latinoamericano (nella prospettiva storica comparativa) nonché delle zone di differenziazione (prima e dopo le codificazioni) fa ritenere definitivamente superata la tesi eurocentrica che negano l'unità di detto sistema.

La base culturale dell'unità deve vedersi in un „bloque” romano-iberico-precolombiano. Il sistema ha ricevuto la sua forma dal diritto romano (attraverso il „derecho común americano” e poi la „transfusión” nelle codificazioni)<sup>70</sup> ma anche dal „mestizaje” della tradizione romanistica con le istituzioni indigene precolombiane.<sup>71</sup>

---

leur équilibre et leurs hiérarchies dans les divers systèmes juridiques”, in *Mémoire de l'Académie Internationale de droit comparé*, II/2 (Paris 1934), pp. 9 ss.; ID., „The future of American Law”, in *Seminar*, 4 (1946), pp. 1—20.

<sup>67</sup> Mi riferisco agli affrettati accostamenti storiografici tra diritto romano e diritto inglese, ed all'uso di categorie generiche quali „diritto casistico” o „metodo casistico”: vedi P. CATALANO, „Il diritto romano attuale dell'America Latina”, cit., pp. 98 s.

<sup>68</sup> R. POUND, *The spirit of the Common Law*, cit., p. 37; cfr. pp. 15 ss.; 35 ss.

<sup>69</sup> Contro la tesi (riflessa anche nel paragrafo 19 del Programma del Partito Nazionale socialista) secondo cui il diritto romano sarebbe individualista, vedi F. DE MARTINO, „Individualismo e diritto romano privato”, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, S. II, 16, fasc. 1 (1941); lo scritto è ripubblicato nel volume: F. MARTINO, *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma 1979, pp. 248 ss., con una „Introduzione” che rivede la precedente «schematica» conclusione: »Il diritto germanico ha creato il feudo: quello romano ha ispirato la rivoluzione dei comuni« (p. XXVIII; cfr. XVII ss.). In particolare riguardo alla proprietà, cfr. P. DE FRANCISCI, „Appunti intorno ai „mores maiorum” e alla storia della proprietà romana”, in *Studi in onore di A. Segni*, I, Milano 1967, pp. 615 ss.; A. A. CORRÊA, „Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique”, in *Atti del Seminario Romanistico Internazionale (Perugia—Spoleto—Todi, 11—14 ottobre 1971)*, Roma 1972, pp. 141 ss.

<sup>70</sup> Sul „diritto comune americano” e sopra la „trasfusione” del diritto romano, vedi gli scritti di A. DIAZ BIALET, „La fortuna y el valor práctico de la obra de Acursio en el derecho común americano”, in *Atti del Convegno Internazionale di Studi Accursiani (Bologna, 21—26 ottobre 1963)*, III, Milano 1968, pp. 1007 ss.; „La transfusion du droit romain”, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 18

Le differenziazioni dipendono in parte da vicende anteriori alle codificazioni (conquista spagnola e portoghese, e, soprattutto, maggiore o minore permanenza di istituzioni precolombiane o comunque indigene), in parte dalle tendenze centrifughe degli stati indipendenti e delle codificazioni („codici civili del Pacifico” a „delle Ande”, sotto l’influenza del *Código* di A. Bello; „codici civili dell’Atlantico meridionale”, sotto l’influsso dell’*Esboço* di Teixeira de Freitas e del *Código* di Vélez Sársfield);<sup>72</sup> in parte dalle influenze dei vari codici europei.

La complementarità degli esempi dell’America Centrale e della Regione Andina risulta dalla visione storico-comparativa dell’intero sistema giuridico latinoamericano.

La ricerca cui faccio riferimento in questo paragrafo è stata da me diretta, nel periodo tra il 1974 e il 1979, presso l’Università di Sassari, grazie anche ad un finanziamento del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

B. Sul presupposto del carattere nient’affatto „individualista” del diritto romano si è iniziato l’esame di alcune caratteristiche essenziali dei fattori di unità del sistema giuridico latinoamericano.

La verifica delle ipotesi generali ha mostrato le notevoli potenzialità di una utilizzazione delle prospettive storiche contenute nel sempre attuale scritto di Francesco De Martino, *Individualismo e diritto romano*.<sup>73</sup> Il concetto di „individualismo” è stato approfondito anche tenendo conto dei risultati di ricerche sociologiche.<sup>74</sup> Ciò ha consentito di meglio comprendere la contrapposizione del sistema latinoamericano al „sistema del diritto anglosassone” di cui una caratteristica principale è, appunto, l’ „ultraindividualismo”.<sup>75</sup>

Dette prospettive vanno integrate, per l’America Latina, da una presa

(1971), pp. 471 ss.; „Influencia del Derecho Romano en el derecho positivo de la Argentina. Acerca de la transfusión del Derecho Romano”, in *Romanitas*, 10 (1970), pp. 235 ss.; „La transfusión del Derecho Romano en la Argentina”, cit., (supra n. 20a).

<sup>71</sup> Sull’importanza dell’elemento indigeno (coloniale o repubblicano) dal punto di vista giuridico, nella coesistenza o nella „interinfluencia” con el „bloque” ispanico, vedi (con riferimento al Perù) J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, cit., pp. 382 ss.; cfr. p. 202 (a proposito della legge 4, titolo 2, libro 2 della *Recopilación de Indias*). Per quanto riguarda il Brasile si è parlato di un contributo soltanto „indiretto” degli Indios e dei Negri alla formazione del diritto: v. M. LOBO DA COSTA, „O selvagem na historia do direito nacional”, in *Revista do Arquivo*, 151 (São Paulo 1952), pp. 53 ss.; già Clovis Bevilacqua aveva affermato l’utilità dello studio delle istituzioni dei popoli indigeni per comprendere «a inclinação particular de evolução do direito no Brazil»: C. BEVILAGUA, *Criminologia e direito*, Bahia 1896, pp. 221 ss.

<sup>72</sup> Sulla distinzione tra i codici civili degli Stati del Pacifico (o meglio delle Ande) e i codici dei paesi dell’Atlantico meridionale, vedi H. VALLADÃO, *Le droit latino-américain*, cit., pp. 15 ss.; „Teixeira de Freitas, jurista excelso del Brasil, de América, del mundo”, in *Lecciones y ensayos*, 1—2, Buenos Aires 1961; „Influencia do direito alemão na codificação civil brasileira (1857—1922)”, in *Jurídica*, 123 (Rio de Janeiro 1973).

<sup>73</sup> L’opera di Francesco De Martino citata (n. 69) è stata tradotta da F. HINESTROSA, rettore dell’Universidad Externado de Colombia: F. DE MARTINO, *Individualismo y derecho romano privado*, Bogotá 1978.

<sup>74</sup> Ad esempio vedi I. L. WEBBER—A. OCAMPO ZAMORANO, *Valores, desarrollo e historia*, Bogotá 1975, pp. 27 ss.

<sup>75</sup> Vedi ad es. J. J. SANTA PINTER, *Sistema del derecho anglosajón*, Buenos Aires 1956, p. 17, che segue R. POUND, *The Spirit of the Common Law* cit., p. 37.

di coscienza di quella che ivi è denominata „tradición romano-canónica”: concetto non esattamente corrispondente a quelli di „civil law”, „diritto continentale” (ne risentono le traduzioni di noti comparatisti).

Dal „derecho común americano” (nonché dall’esperienza iberica che vi sta alla base) e dalle istituzioni indigene che con esso coesistono (superando gli scontri) o si mescolano, si sviluppa una concezione dell’ordinamento in cui il „singolo” (che è certo posto in assai maggior risalto di quanto non fosse nelle culture precolombiane) è considerato sempre in stretto rapporto con la „comunità”.

Tale concezione sopravvive all’ondata liberale e conferisce, a nostro avviso, alle codificazioni latinoamericane quei caratteri già in parte individuati dalla dottrina: accentuatamente romanistico<sup>76</sup> e „democratico”.<sup>77</sup>

C. Si è verificata l’utilità di usare le nozioni di „penetrazione” e di „resistenza” già abbozzate dal Koschaker e dal De Francisci (v. supra n. 38).

Partendo dall’esempio-limite di Puerto Rico<sup>78</sup> si sono scorte le diverse possibilità storiche delle forze di penetrazione, in relazione alle diverse situazioni politiche ed economiche.

Si è iniziata quindi l’elencazione degli elementi di resistenza considerando i vari rami dell’ordinamento, a cominciare dal diritto di famiglia. Questo continua infatti a costituire l’insieme più evidente di esempi: è noto infatti che secondo il sistema latinoamericano la „unità sociale” è la famiglia, non l’individuo;<sup>79</sup> è noto altresì che la penetrazione della *common law* tende a capovolgere tale concezione.<sup>80</sup>

L’accertamento di alcuni dei punti di attrito o di conflitto tra l’attuale sistema giuridico latinoamericano (come parte della „tradizione romanocanonica”) e il diritto nordamericano è considerato metodologicamente preliminare a ogni discorso sulla „modernizzazione” (quale che sia la „centrale” di tale processo), così come sui vantaggi o i danni di commistioni o mediazioni.

D. Tra i punti emersi dalle discussioni e dalle risposte ai questionari (cfr. infra E) possiamo ricordarne in questa sede due, che da una parte hanno radici negli aspetti antiindividualistici della „tradizione romano-canónica” e dall’altra sono vivamente legati alla realtà sociale odierna dell’America Latina.

Sono stati posti in evidenza alcuni problemi del rapporto tra matrimonio, „unión de hecho” e sviluppo demografico.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Sul carattere fortemente romanistico delle codificazioni latinoamericane, vedi L. MOISSET DE ESPANÉS, *Derecho civil español y americano. Sus influencias reciprocas*, Córdoba (Argentina) 1973; ID., *Obligaciones naturales y deberes morales. Estudio de derecho comparado*, Córdoba 1968, 41 ss.; *Las obligaciones naturales en el derecho civil argentino*, Córdoba 1967. Cfr. L. DE GASPERI, *El régimen de las obligaciones en el derecho latinoamericano*, Buenos Aires 1960, 79 s.; 131 s.

<sup>77</sup> Vedi C. BEVILACQUA, *Resumo das Lições de legislação comparada* cit., p. 74; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* cit., p. 61; cfr. H. VALLADÃO, *Le droit latino-américain* cit., pp. 20 s.; 29 ss.

<sup>78</sup> Vedi C. MOUCHET—M. SUSSINI, *Derecho hispánico y „common law” en Puerto Rico*, Buenos Aires 1953.

<sup>79</sup> PH. J. EDER, *Principios característicos del „common law” y del derecho latinoamericano*, Buenos Aires 1960, pp. 149 ss.

<sup>80</sup> Vedi C. MOUCHET—M. SUSSINI, op. cit., pp. 72 s.

<sup>81</sup> Vedi N. SANCHEZ—ALBORNOZ, *La población de América Latina*, II ed., Madrid 1977, pp. 220 ss. (ivi riferimenti ai noti lavori di G. MORTARA, pubblicati



Parimente è stato sottolineato il rilievo delle pubbliche, a più in generale del fondamento e dei limiti pubblici della proprietà fondiaria, entro l'ordinamento presente e futuro della „tenencia de la tierra”.<sup>82</sup>

Nell'insieme del lavoro è apparso ovvio il collegamento tra i problemi della famiglia e quelli della terra: collegamento ricorrente nella letteratura giuridica e antropologica latinoamericana.<sup>83</sup>

E. La collocazione di questi problemi nell'insieme delle vicende attuali del sistema giuridico dell'America Latina rende ormai imprescindibile l'ampallamento della ricerca al settore del diritto commerciale. Proprio in quest'ultimo settore la penetrazione di principi e istituti esterni assume forme vistose.<sup>84</sup> Basti ricordare qui il commento di P. J. Eder (fatto proprio da J. Olavarría Avila<sup>85</sup> riguardo all'introduzione in Colombia e Panama, per l'influenza di capitalisti nordamericani, della *Negotiable Instruments Law*: «la incorporación in integrum de una ley extraña dentro de un sistema jurídico fundamental emanado del Derecho Romano (civil law) puede ser estimada desastrosa».<sup>86</sup>

Un altro esempio, più recente, è dato dalla legge brasiliana n. 6.404 del 1976 sulle società per azioni, le quale „istituzionalizza”, come è stato detto, il capitalismo finanziario in Brasile, favorendo le imprese multinazionali.<sup>87</sup>

F. Questa ricerca sugli *Elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano* è stata iniziata anche attraverso l'invio, a studiosi latinoamericani, di questionari (stampati) concernenti il *Derecho de familia*

a Roma nel 1961 e nel 1965); E. A. ZANNONI, „El régimen del concubinato en el anteproyecto de Código civil paraguay de 1964; ideas con motivo de la regulación legal del concubinato en Hispanoamérica”, in *Revista de derecho español y americano*, 20 (1968), pp. 43 ss.

<sup>82</sup> Cfr., p. es., V. TAU ANZOÁTEGUI—E. MARTINÉ, *Manual de historia de las instituciones argentinas*, Buenos Aires 1975, pp. 400 ss.; R. FLORES JARAMILLO, „La expropiación forzosa y la Ley de reforma agraria y colonización del Ecuador”, in *Revista de derecho español y americano*, 15 (1967), pp. 55 ss.; M. T. SANDOVAL, „Comentario a la Ley de arrendamiento de tierras”, in *Revista de Derecho*, Órgano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, época III, n. 3 (Junio 1975), pp. 63 ss.; L. AMAT ESCANDELL, „Ascendencia romana del derecho agrario”, in *Estudios Santa Cruz Teijeiro*, Valencia 1974, pp. 81 ss. Sulla »permanencia de preceptos legales de inspiración colectivista«, fino al secolo XVIII, vedi J. M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el Derecho indiano*, segunda edición aumentada, Buenos Aires 1978 (partic. pp. 98; 107 s.; 122; circa varie utilizzazioni del diritto romano).

<sup>83</sup> Cfr., ad es., E. UMAÑA LUNA, *La familia en la estructura político-jurídica colombiana*, Bogotá 1973, H. TOVAR, *Notas sobre el modo de producción precolombino*, Bogotá 1974; M. TAUSSIG, *Destrucción y resistencia campesina. El caso del litoral pacífico*, Bogotá 1978 (articoli di un antropologo australiano).

<sup>84</sup> Cfr., ad es., J. BARRERA GRAF, *El derecho mercantil en la América Latina*, México 1963, pp. 56 ss.; 75 ss.

<sup>85</sup> J. OLAVARRÍA AVILA, *Los códigos de comercio latinoamericanos*, Santiago de Chile 1961, pp. 304; 378 ss.

<sup>86</sup> J. OLAVARRÍA AVILA, op. cit., p. 383 n. 21.

<sup>87</sup> Vedi M. CARVALHOSA, *A nova Lei das sociedades anônimas. Seu modelo econômico*, II ed., Rio de Janeiro 1977, L'autore cita, a conclusione, uno studio fatto dalla Sezione di Rio de Janeiro della ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (marzo 1976): «Adoção de institutos não usuais — o transplante de praxes e procedimentos, usuais no direito norte-americano, para o nosso direito positivo, sem que existam em nossa tradição jurídica ou em nossa realidade econômica bases sólidas para sua utilização é a terceira das falhas que se nos afiguram presentes no anteprojeto» (op. cit., p. 164).

ed il *Derecho agrario*.<sup>88</sup> I risultati, in corso di pubblicazione, confermano le iniziali ipotesi di lavoro.<sup>89</sup> Uno sviluppo dottrinale nello stesso senso è segnato dalla istituzione del „Centro de Direito Romano e Sistemas Jurídicos” presso l'Universidade de Brasília, decisa nel 1980, in occasione del XX Anniversario della fondazione della città di Brasília.<sup>90</sup>, <sup>90/a</sup>.

<sup>88</sup> Dovuti, rispettivamente, all'autorevole collaborazione di Francesco Busnelli e di Antonio Carrozza, dell'Università di Pisa. Cfr. ad es. O. MORALES BENÍTEZ, „Elementos de unidad y resistencia del sistema latinoamericano en el derecho agrario”, in *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, 21 (1980), pp. 265 ss.

<sup>89</sup> Nel quadro della ricerca si pone l'articolo di G. DOLEZALIK, „Informática Jurídica y Derecho romano para la unificación del derecho en Latinoamérica”, in *Quaderni Latinoamericani*, 3—6 (1979), pp. 123 ss. Ai risultati della ricerca fanno riferimento, ad es., H. EICHLER, „Privatrecht in Lateinamerika”, in *Aus Österreichs in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Ernst C. Hellbling zum 80. Geburtstag*, Berlin 1981, pp. 502 ss.; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La influencia de romano e sistema jurídico latinoamericano*, in *Direito e Integração*, cit., pp. 5 ss. *la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid 1948, p. 29 ss. Di qualche significato è anche la voce (da me redatta) „Sistema jurídico latinoamericano”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69, São Paulo 1982, pp. 253 ss.

<sup>90</sup> Come è noto, Brasília è stata inaugurata il 21 aprile 1960.

<sup>90/a</sup> L'attività del „Centro de Direito Romano e Sistemas Jurídicos” è testimoniata nel 1981; *Seminários de Direito Romano*, Brasília 1984. Il Centro è diretto da una docente di Diritto comparato e di Diritto romano: vedi A. M. VILLELA, „Direito moniata dalla pubblicazione degli Atti dei Seminari: *Direito e Integração*, Brasília

## Bases de politique juridique et principes de classement des recours de droit pénal

### 1. *Fonction sociale et procédurale des recours de droit pénal*

A) L'évolution rapide et la complexité croissante des conditions socio-économiques augmentent les exigences tant quantitatives que qualitatives de l'activité humaine dans tous les domaines tout en en créant progressivement les conditions. Tout cela concerne la sphère d'activité de la vie politique aussi bien que celle du droit où l'aspect de la responsabilité prédomine encore mieux. Cependant, malgré l'évolution des conditions sociales et le développement du démocratisme de la vie politique ainsi que les succès de plus en plus importants de l'édification socialiste, la surveillance et le contrôle de l'efficacité du travail sont nécessaires *en général* et, dans le domaine des conditions sociales réglées par le droit en particulier, en permanence mais en ce qui concerne les actes *politiques, administratifs et juridiques* même spécialement et avec une attention particulière. Dans l'univers spécifique des rapports (relations et conflits) humains, dans la sphère de l'application des normes de la coexistence sociale où la majorité des comportements intéresse directement la collectivité, la société et l'Etat qui y réagit par les instrument du droit, par des sanctions, le contrôle permanent du travail professionnel joue un rôle important.

Contrôle et surveillance exercés dans les divers domaines de la vie sociale et politique n'ont pas, évidemment, leur but en eux-mêmes mais constituent une activité bien pratique: ils visent la réparation des défauts (erreurs, irrégularités, contraventions) découverts et des lésions affectant l'individu ou la collectivité et en même temps la prévention de la production de ceux-ci dans l'avenir. Mais les tâches qui résultent du contrôle, de la surveillance et de la réparation des lésions de droit sont compliquées et de caractère complexe. La cause en est le fait que le contrôle, etc. sont des activités *non dites «primaires»* mais consistent dans l'évaluation simultanée ou ultérieure du travail exécuté par un autre ou d'un processus de travail. Le «contrôleur» ou «surveillant» doit connaître les exigences professionnelles de son *propre* travail de contrôle d'une part mais, du moins pour l'essentiel, les aspects professionnels de l'activité *contrôlée* également, d'autre part.

La complexité du contenu de l'activité de contrôle ou de surveillance a pour résultat cet autre particularité que les contrôleurs effectuent leur travail non seulement en prenant appui dans leurs propres moyens mais, conformément aux dispositions de la règle juridique y relative, en assurant la possibilité aux *intéressés* de participer au contrôle, et ces derniers ont même un rôle initiateur; c'est ici que le *droit de recours judiciaires individuels* prend ses racines.

B) Dans les conditions mentionnées ci-dessus, un *système* étendu du contrôle, de la surveillance, des enquêtes de légalité et de celles concernant des domaines professionnels et autres s'est développé dans la vie socio-économique et politique, en particulier en société socialiste. Les unités de ce système sont, par exemple, celles qui fonctionnent aux entreprises, aux divers organisations économiques, aux institutions, dans l'administration, aux Conseils, etc.; les commissions de contrôle populaire organisées centralement ou régionalement; les groupes ou services de contrôle formés aux différents autres organes d'Etat et autorités; et, ceux qui ne peuvent pas être négligés, les membres ou unités des organes judiciaires remplissant une fonction de contrôle ou de surveillance et ceux des tribunaux, chargés d'assurer le recours judiciaire. Et la reconnaissance du fait que les intéressés mêmes doivent jouer un rôle important dans l'activité bien complexe du contrôle et de la surveillance, visant avant tout la découverte et la réparation des atteintes portées contre les droits et intérêts légaux des citoyens se reflète même dans la règle juridique très importante, impliquée à la *Loi I de 1977*, établie en matière de déclarations, propositions et réclamations d'intérêt public et de modalités de réparation des différentes lésions de droit et d'intérêt que ces premières concernent.

L'importance sociale générale de l'activité de contrôle et de surveillance qui, le cas échéant, assure ou favorise la réparation légale attire une attention redoublée aux instruments spéciaux développés institutionnellement du contrôle et au système de recours judiciaires dans les *procédures dites régionales par le droit*: dans la juridiction, c'est-à-dire les procédures criminelles, civiles et du travail; dans la procédure de contravention administrative ainsi que dans d'autres procédures spéciales (p.ex.: dans le domaine de l'activité arbitrale, etc.). L'importance particulière des activités de contrôle et de réparation légale dans ces procédures est marquée par le fait que les tâches des autorités concernées et celles des parties intéressées sont réglées par des règles juridiques fondamentales (codes de procédure, etc.) et que la vigueur de celles-ci, considérées comme domaines de droit spécifiques, ne concerne en rien la règle juridique générale mentionnée ci-dessus (*Loi I de 1977*).

Il est évident que le rôle de politique juridique et social accentué des procédures réglées par le droit en général et, dans leur cadre, de la fonction de contrôle et de réparation légale en particulier s'exprime par le caractère, le poids et l'importance des conflits socio-individuels servant pour base et qui sont à juger. Déjà l'appréciation «primaire» par les diverses autorités des différents degrés du «danger» qui réside dans les comportements opposés à l'ordre réglé par le droit de la coexistence sociale (violations du droit civil, du droit du travail, du droit de coopératives, du droit administratif, du droit pénal, etc.) exige une compétence professionnelle et une organisation de niveau élevé. Mais l'évaluation «secondaire» des affaires c'est-à-dire le contrôle du travail déjà exécuté, la «supervision de l'appréciation» des conflits et la découverte et la réparation des lésions éventuelles résultant de la procédure primaire par une autorité suprême suppose un appareillage *professionnel spécial redoublé*. Même dans ce domaine, une importance particulière doit être attachée au contrôle de l'appréciation des comportements antisociaux les plus graves et des actes criminels et à la correction des décisions erronées éventuelles constituant une contravention.

A) Dans les procédures réglées par le droit des différents organes d'Etat les problèmes du fonctionnement des recours judiciaires méritent une attention particulière. Il est aussi vrai que l'on en peut discerner nombreuses caractéristiques communes. L'étude de n'importe quel système de recours judiciaire des différents droits de procédure peut rendre utile la mise en parallèle des principes de recours judiciaire et solutions des autres branches de droit, la prise en considération des analogies et même la prise de position en ce qui concerne le rapprochement et la possibilité d'unification des différents systèmes de réparation légale des droits de procédure; ce dernier problème (sujet de discussion) se pose parfois dans la théorie et dans la pratique également.<sup>1</sup>

Quant à l'importance des réparations légales dans la juridiction en général et dans la procédure criminelle en particulier un argument suffisant est fourni par le caractère d'intérêt public accentué de l'appréciation des actes criminels et par le rôle que celle-ci remplit dans la protection de l'ordre de la société socialiste comme cela ressortit des considérations de politique socio-juridique esquissées ci-dessus. Mais ces mêmes points de vue justifient suffisamment l'analyse et l'étude approfondies des problèmes posés par le système et d'autres questions fondamentales des recours de droit pénal, dans leur ensemble.

L'intérêt *théorique* et l'attention de la littérature scientifique spéciale de la Hongrie, comme, en grande partie, l'intérêt scientifique étranger, étaient plus vifs à certaines *périodes* relativement longues aux différents problèmes surtout relatifs au système mais aussi à quelques questions pratiques des recours de droit pénal (des appels en particulier) et, à d'autres périodes, cette attention et ce goût de discussion littéraire et théorique se faiblissaient. Telles périodes, témoignant beaucoup d'activité d'esprit, de l'histoire de l'institution étaient, dans la plupart même en relation étrangère, en particulier (sans remonter à cet endroit à l'époque pouvant être fixée à la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle du développement des recours de droit pénal compris dans leur sens actuel): de tournant du siècle<sup>2</sup> et, dans les droits socialistes,

<sup>1</sup> Une possibilité semblable concernant les institutions des différents droits de procédure est montrée par *Jenő Szilbereky*: «Társadalmi fejlődés és polgári eljárás,» Budapest, 1973, p. 237. Dans la littérature du droit de procédure, une étude assez importante traitait ce problème dès la fin du dernier siècle: *Kries, A.*: Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses, Breslau, 1880.

<sup>2</sup> Dans la littérature spéciale des droits continentaux, des oeuvres d'ensemble créant les bases de la science du droit de procédure criminelle moderne (livres classiques, manuels, commentaires) ont fait, à la fin du dernier siècle et surtout au début du notre, des analyses approfondies sur les problèmes théoriques et pratiques essentiels posés par le système des voies de réformation ordinaires et certaines extraordinaires. De la littérature *hongroise*, on peut citer à titre d'exemple: *Fayer, László*: «A magyar bűnvádi perrendtartás vezérfonala,» III<sup>e</sup> éd., Budapest, 1899; *Finkey, Ferenc*: «A magyar büntető perjog tankönyve,» IV<sup>e</sup> éd., Budapest, 1916, p. 522 à 606; *Angyal, Pál*: «A magyar büntető eljárásjog tankönyve,» Budapest, II, 1917, p. 161 à 237; *Vámbéry Ruztem*: «A bűnvári perrendtartás tankönyve,» III<sup>e</sup> éd., Budapest, 1916, p. 297 à 353; *Balogh Jenő—Edvi Illés, Károly—Vargha, Ferenc*: «A bűnvádi eljárás kommentárja,» I à III, 2<sup>e</sup> éd., Budapest, 1917, III. p. 1 à 223; et les études de *Baumgarten, I, G. Dombóvári jeune, F. Heil, E. Heller, A. Lukáts, A. Székely, M. Szűts, F. Vargha, Gy. Wlassics* et d'autres. La réunion des juristes hongrois, tenue en 1911, s'occupait des problèmes de la modernisation du système de recours judiciaire. Voir: *Magyar Jogászgyűlés Irományai*, I, p. 102,

les années 1950 à 1960.<sup>3</sup> En Hongrie, des facteurs stimulant l'intérêt de la théorie furent, comme pour d'autres institutions juridiques en général, certaines règles du droit positif mises en application ayant une importance relativement grande et puis les problèmes posés par la pratique pour ainsi dire en permanence. Ces problèmes se posaient concernant les questions des recours de droit pénal dans cette dernière période avec une intensité accrue et parfois en réclamant avec persistance leur solution<sup>4</sup> qui fut ensuite assurée par la théorie et la législation quelquefois avec certain retard mais pour le fond, par des réponses plus ou moins satisfaisantes.<sup>5</sup>

139 et II, p. 193 et 382. Parmi les oeuvres et monographies d'ensemble étrangères les plus importantes, voir: *Garraud, R.*: Précis du droit criminel, Paris, 1906, p. 780 et suivantes, *Vidal, G.*: Cours de droit criminel, Paris, 1906, p. 942 et suiv., *Dechouvron, H.*: Du pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation, Paris, 1908, *Ullmann, E.*: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Leipzig, 1893, p. 576 et suiv., *Binding, K.*: Grundriss des deutschen Strafprozessrechts, Leipzig, 1904, p. 218 et suiv., *Rosenfeld, H.*: Des Reichsstrafprozess, Berlin, 1912, p. 247 et suiv., *Alsberg, M.*: Justizirrtum und Wiederaufnahme, Berlin, 1913, p. 213 et suiv., *Rulf-Gleispach, F.*: Der österreichische Strafprozess, Wien—Leipzig, 1913, p. 283 et suiv.

<sup>3</sup> Outre les articles et études, voir de cette époque parmi les *oeuvres d'ensemble socialistes* traitant la procédure d'appel: *Karev, D.* (rédacteur): Sovjetskii ugolovnoi process, Moscou, 1953, chapitre IX, *Polianski, N.*: Voprosi teorii sovetskovo ugolovnogo processa, Moscou, 1956, chapitre VIII, *Tcheltzov, M.*: A szovjet büntető eljárás, Budapest, 1954, chapitre XXI, *Rivlin, A.*: Peresmotr prigovorov SSSR, Moscou, 1958, *Strogovitch, M.*: Cours sovietskovo ugolovnogo processa, Moscou, 1958, chapitres XXVII—XXVIII, *Dorokhov, V.*—*Nikolaev, V.*: Obosnovosti prigoroza v sovetskom ugolovnom processa, Moscou, 1959, *Koutzova, E.*: A szovjet kasszáció mint az igazságszolgáltatás törvényességének biztosítója, Budapest, 1960, *Kakhane, S.*: Cours de Droit Procesual Penal, Bucarest, 1956, chapitres XVI—XVII, *Solnar, V.* (réd.): Tchechoslovenské trestni rizeni, Prague, 1958, chapitres XXI—XXII, *Schindler et coll.*: Leitfaden des Strafprozessrechts der DDR, Berlin, 1959, art. 24 a 27.

<sup>4</sup> Les articles rédigés à cette époque en grand nombre par les *praticiens* avant tout sur le développement et les modifications du système d'appel en cassation et révision et qui posent les problèmes de l'application du droit d'une façon exigeante concernent notamment: le système même du recours judiciaire (*Martói, L., Móra, M., Neményi, B., Rácz, Gy., Salamon, G., Vámos, M., Zsámár, G.*), les problèmes de la révision (*Wiener, I.*), de la vigueur légale partielle (*Martói, L., Molnár, L.*), de la contrainte à respecter les faits matériels (*Horgosi, G., Molnár, L., Neményi, B., Lázár, M.*), de l'interdiction de l'aggravation (*Jeszenszky, F., Molnár, L., Neményi, B., Radó Z.*) et d'autres questions (*Bagi, D., Bócz, E.*—*Stauber, J., Jeszenszky, F., Lengyel, Z., Molnár, L., Radó Z.*). Le système d'appel en cassation et révision a fait l'objet d'une enquête scientifique tenue à Budapest ainsi que des congrès de l'Association des Juristes Hongrois tenus à Hévíz (1955) et à Siófok (1958).

<sup>5</sup> Les législations de cette époque, relatives à la procédure (Loi V de 1954 et décrets-lois no 16 de 1958 et no 8 de 1962), ont transformé sensiblement et à plusieurs reprises le système de recours judiciaire (le système d'appel). De la part des auteurs de la *littérature théorique*, plusieurs réactions y ont été formulées: *Kocsis, M.* et *Nagy, L.* (problèmes de la constatation des faits matériels), *Vas, T.* et *Zöldi, M.* (la réforme de la procédure de recours judiciaire). Un ouvrage particulièrement important est la monographie de *Nagy, Lajos* (Fellebbezés a büntetőperben, Budapest, 1960) qui traitait le droit positif et la jurisprudence de l'époque par une méthode historique et de droit comparatif. Du côté théorique, les problèmes discutés du système d'appel ont été abordés par *Móra, Mihály*—*Kocsis, Mihály*: A magyar büntető eljárási jog, Budapest, 1961, en particulier: p. 404 à 417, 420 à 426 et 438 à 459. Certains problèmes d'application de droit des recours judiciaires ordinaires et extraordinaires ont été analysés même dans leur relations théoriques par *Molnár, László* et sa collectivité de travail: A büntető perrendtartás kommentárja, Budapest, 1957, en particulier: p. 560—561, 585 à 592, 596 à 631, 635 à 644, 651 à 662, 665 à 668 et 672 à 682, et, par la suite: *Jászai, Dezső* (réd.): A büntető

La *jurisprudence* hongroise et en particulier la pratique directive du Tribunal Suprême considèrent les problèmes se posant à nouveau et d'une nouvelle manière des recours de droit pénal comme primordiaux et s'efforcent considérablement d'assurer l'homogénéité et la légalité de la juridiction par application conséquente des règles de recours judiciaire du droit positif (Loi I de 1973 codificatrice de la procédure criminelle, modifiée par les décrets-lois 4 et 11 de 1979).<sup>6</sup>

B) La réalisation de la légalité de la juridiction dans la pratique de la justice criminelle et dans les différentes procédures criminelles ainsi que son contrôle permanent ne seraient pas possibles sans assurer institutionnellement les conditions du fonctionnement correct des recours judiciaires disponibles à toute phase de la procédure et celles de l'activité des autorités de recours judiciaire. Aux différentes étapes de la procédure, ce sont en particulier les appels concernant le fond de l'affaire ainsi que ceux qui peuvent être formés contre diverses décisions importantes et contre les différentes mesures ou en raison de leur manquement présentent une grande importance pour l'élimination des préjudices légaux et la correction des fautes et erreurs intervenues dans la jurisprudence.

Compte tenu de ces mêmes conditions ainsi que du rôle que l'activité de contrôle et de surveillance remplit dans la justice criminelle, auquel une importance accentuée est attachée par rapport de celui joué dans les autres domaines professionnels ou juridiques, et de ses relations directes de politique socio-juridique déjà mentionnées, ce ne sont pas seulement certains types développés traditionnellement et introduits surtout à la phase de *juridiction* de la procédure (appel, etc.) des recours de droit pénal qui sont au premier plan mais le recours de droit pénal *en général*, en tant qu'institution juridique. Le droit au recours judiciaire est, dans les droits de procédure modernes et en particulier dans ceux des régimes socialistes, un principe de base procédural qui est codifié même explicitement par certains codes de procédure (article 6 de la Loi de procédure hongroise de 1973, article 22 de la Loi de procédure soviétique de 1960).

Par conséquent les réparations légales peuvent et doivent être considé-

---

eljárás kommentárja I—II, Budapest, 1967, en particulier: p. 1108 à 1118, 1155 à 1163, 1176 à 1184, 1199 à 1203, 1209 à 1213 et 1235 à 1247 (auteur: Molnár, L.) et 1268 à 1278, 1292 à 1296, 1299 à 1306 et 1315 à 1326 (auteur: Rácz, Gy.).

<sup>6</sup> Outre les décisions d'espèce publiées, en liaison avec les différents recours judiciaires ou procédures de caractère de recours judiciaire, par les Décisions de Justice, le Bulletin de Décisions de Droit Pénal et les Décisions de Principe Sanctionnelles (Budapest, 1982, p. 706—707, 717, 720 à 725, 744 à 791, 808 à 813, 815, 817—818), parmi les positions prises en commun par le Collège Criminel et le Collège Militaire du Tribunal Suprême et celles des réunions de présidents de conseil, les suivantes concernent la *procédure en deuxième instance*: BK 12, BKT 2/1979 (le contenu de la décision prise en deuxième instance en général), BK 84, BKT 1/1976 (élimination du manquement de fond), BK 11, 22, 28, 41, 76 (annulation en raison d'une contravention à la règle de procédure), BK 36 (modification de la peine), BK 88, 90, 98 (interdiction de l'aggravation), BK 49, 51, 52, BKT 4/1974 (appréciation de la revendication entre droit de contravention en droit civil), BK 70, BKT 1/1974 (relation entre droit de contravention et procédure criminelle), BK 5, 6, 10, 13, 16, 21, 34, 35, 38, 79, BKT 2/1975, 5/1975 (divers problèmes de la procédure de justice en deuxième instance); les suivantes sont relatives à la *réclamation de légalité*: BK 27, BKT 1/1979; les suivantes concernent la *requête civile*: BK 14, 91, 94, BKT 2/1976; et les suivantes portent sur d'autres procédures de caractère de recours judiciaire: BK 21, BKT 3/1973, 4/1976.

rées comme éléments constructifs organiques de l'ensemble de la procédure et une institution homogène dans ses éléments de base et qui est construite sur des fondements de principe et de fonctionnement relativement indépendants.

Cette conception formulée concernant l'unité de principe, relativement indépendante, des recours de droit pénal est cependant loin de pouvoir dire que les recours de droit pénal puissent être considérés à partir d'une base de principes mixtes ou d'une base unifiée artificiellement, sans égard aux particularités des différents types de réparations légales. Bien au contraire, il faut caractéristiques résultant parfois de leur importance différente dans la procédure. Quels que soient en effet la conception et la réglementation unifiées, basées conséquemment sur le principe procédural du *droit au recours judiciaire*, il reste évident que le recours proprement dit, le recours normal (appel, etc.) pouvant être formulé contre la décision de justice (jugement) sur le fond se prononçant sur la responsabilité pénale a une importance particulière.

Toutefois le rôle décisif du recours judiciaire normal (appel, demande en cessation ou en révision, etc.) ou les particularités et la destination spéciale des différentes étapes de la procédure et des moyens de recours judiciaire y utilisables ne doivent pas nous empêcher d'approcher par une conception globale — pour les différents types de recours judiciaire directement, bien sûr, mais aussi en ce qui concerne leur ensemble et leurs relations de système — les problèmes fondamentaux qui, encore une fois compte tenu du principe de base de procédure du droit au recours judiciaire, constituent les questions déterminantes et d'importance doctrinale de toute réparation légale applicable à *n'importe quelle phase de la procédure* et même de l'idée des recours judiciaires. Dans cette dernière catégorie, on peut citer notamment: le droit de recours judiciaire et son contenu, l'objet et la base du recours judiciaire, les personnes ayant droit au recours judiciaire, le mode de l'application du recours judiciaire, les autorités de recours judiciaire et leur compétence en matière de révision et l'appréciation du recours judiciaire.

Bien que la compétence directe des autorités exerçant leur activité à une certaine phase de la procédure ne concerne généralement que les problèmes jurisprudentiels de l'instrument ou des instruments de recours judiciaire (p.ex.: demande, appel) applicable(s) à la phase de procédure considérée il y a des réparations légales qui s'appliquent même à l'ensemble de la procédure (p.ex.: justification, correction). D'autre part, les intéressés de la procédure et l'avocat général peuvent rencontrer dans *toute phase* de la procédure la possibilité d'appliquer les *différents* recours judiciaires et par ce fait les problèmes théoriques et pratiques de tous les types d'instrument de recours judiciaire peuvent les intéresser chacun séparément aussi bien qu'en général. Mais outre tout cela, il ne semble pas inutile si les intéressés de la procédure criminelle et les autorités prêtent attention aux relations qui réunissent les différents recours judiciaires en une institution et compte tenu desquelles constitue «le recours judiciaire» partie intégrale de la procédure criminelle unifiée.

En posant les questions cardinales des recours de droit pénal pour tous les recours judiciaires, pour la demande introduite au cours de l'enquête aussi bien que pour les réparations légales appliquées avant ou après l'entrée en vigueur du jugement, on peut se faire une image réelle et générale sur l'état *actuel* de cette institution juridique mais aussi sur l'évolution prévisible dans



l'avenir de celle-ci et, avant tout, sur la mesure dont ce principe de procédure important s'applique actuellement et sur son efficacité. Une conception globale et de caractère général prenant pour base le principe de droit au recours judiciaire et tenant compte des problèmes fondamentaux des recours judiciaires et qui considère les recours de droit pénal dans un ensemble institutionnel relativement indépendant est d'autant plus justifiée que la problématique générale de cette institution judiciaire n'attire guère l'attention de l'intérêt théorique,<sup>7</sup> qui est portée beaucoup mieux sur les problèmes théoriques et pratiques — isolés — de certains types de recours de droit pénal comme ceux des recours judiciaires normaux pouvant être formulés à la phase de justice de la procédure criminelle en particulier.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Au cours de ces dernières années, à côté des articles et études relativement peu nombreux, des *cahiers de cours* (1974, rédigé par Király, T., I, p. 196 et II, p. 67, 148 et 179 à 275, ainsi que: 1982, réd. par Szabóné Nagy, T., I, p. 233, II, p. 60, 142 et 175 à 254), des *livres classiques* (1974, réd. par Rudas, Gy., p. 296, 304, 380, 463 à 502) et: *A büntető eljárás magyarázata* (I—II, 1982, réd. par László, J., p. 334, 364, 470, 648 à 922) abordent sans y insister les problèmes généraux des recours judiciaires, du système de recours judiciaire, etc. en traitant les différents types de recours judiciaire. En ce qui concerne les recours judiciaires pouvant être formés dans les *procédures civiles*, voir encore parmi les oeuvres d'ensemble hongroises plus récentes également les livres classiques (1974, réd. par Névai, L., p. 263, 419, 443 à 491), les cahiers de cours (I—II, 1983, réd. par Szilbereky, J., I, p. 190 et 415, II, p. 15 à 91) et la monographie de Németh, J. sur les recours judiciaires extraordinaires (1976) ainsi que la monographie de Farkas, J. sur la vigueur légale (1976, p. 107 à 118). En *droit de procédure administrative*, pour les recours judiciaires voir entre autres l'oeuvre littéraire très étendue y relative de Toldi, Ferenc et: «Az államigazgatási eljárás jogorvoslati rendszerének továbbfejlesztése» par Szamel, Lajos, publié à la revue *Allam és Igazgatás*, 1978, no 3/4, «Államigazgatási eljárásjog» par Szűts, I., Ouvrage de référence, Szeged, 1982, p. 242 à 294, «Az eljárási törvényről», Budapest, 1981, chapitre VII, (auteur: Kilenyi, G.), «Magyar államigazgatási jog, Általános rész», réd. par Beck, György—Czéh, Gy., Budapest, 1984, p. 705 à 744 (auteur: Szamel, L.) Les ouvrages écrits à la base des droits positifs anciens de la Hongrie et qui ont déjà perdu leur actualité soit totalement (Zlinszky, Imre: *A jogorvoslatok rendszere*, Budapest, 1879) soit en grande partie (Richter, Béla: *A jogorvoslatok alaptanai*, Budapest, 1943) avaient pris en considération même un certain aspect de procédure générale de l'épouque.

<sup>8</sup> Même les quelques oeuvres publiées à l'étranger traitant les *recours judiciaires* d'une manière générale ne s'étendent, pour l'essentiel, que sur les voies de réforme ordinaires et éventuellement sur celles extraordinaires; c'est ce qui vaut pour les suivantes: Hirschberg, M.: *Das Fehlurteil im Strafprozess*, Stuttgart, 1960, Petrella, G.: *Le impugnazioni del processo penale*, I—II, Milan, 1965, Brinkhorst, L.—Schermers, H.: *Judicial remedies in the European Communities*, Londres, 1969. Parmi les ouvrages bien rares traitant les recours judiciaires divers (qui ne touchent pas le fond), voir: Grasso, E.: *Le impugnazioni incidentali*, Milan, 1973. Les *oeuvres d'ensemble* parues à l'étranger au cours de ces deux dernières décennies, portant sur le droit de procédure, se bornent également aux institutions de recours judiciaire ordinaire et celui extraordinaire de la procédure de justice pour traiter les problèmes fondamentaux des différents recours judiciaires. Les exemples qui en peuvent être cités dans la littérature socialiste sont, parmi les oeuvres soviétiques: Stragovitch: idem, p. 474 et suiv., Alekseiev, N.—Lukachevitch, V.—Elkind, P. *Ugolovnyi process*, Moscou, 1972, p. 411, 465 et 479, Bojev, V. (réd.): *Ugolovnyi process v europeiskikh socialisticheskikh gosudarstvakh*, Moscou, 1978, p. 305 à 357, Rekunov, A.—Orlov, A.: *Kommentarii k ugolovno-processualnomu kodexu RSFSR*, Moscou, 1981, p. 31 à 33, 276 à 279, 389 à 435 et 458 à 494; parmi les oeuvres bulgares: Palazov, I.: *Nakazatelo-processualen kodex*, Sofia, 1982, p. 239, 245, 247; parmi les oeuvres tchécoslovaques: Solnar, idem, chapitre XXI; parmi les ouvrages polonais: Introduction à l'étude du droit polonais, Varsovie, 1967, p. 451 et suiv. (auteur: Stefan Kalinowski); parmi les ouvrages parus en RDA: Luther, H. (réd.): *Strafverfahrensrecht, Lehrbuch*, Berlin, 1977, p. 425 et suiv.; parmi les oeuvres roumaines: Giurgiu, N.: *Causele de nulitate in processual penal*, Bucarest,

### 3. Base du classement des recours de droit pénal

A) Les instruments juridiques pouvant être utilisés dans la procédure criminelle pour éliminer les décisions (mesures) contraventionnelles, injustes, qui manquent de fondement ou qui sont erronées, fausses ou incomplètes par d'autres raisons sont multiples et nombreuses formes bien variées en ont été développées dans les différents systèmes de droit. Cependant, de l'ensemble des types de recours judiciaires, différents catégories se discernent dans lesquelles les divers recours judiciaires peuvent être classés à partir des analogies plus ou moins nombreuses et malgré certaines dissemblances. C'est pourquoi il se pose nécessairement le problème du classement (de la division, la classification) ou des possibilités de classement des recours de droit pénal applicables suivant différentes modalités visant des buts sociaux, de politique de droit ou de procédure. Il est utile de donner un bref aperçu des variations du classement des différents types de recours judiciaires surtout dans le but de se faire une image claire qui révèle en même temps la structure intérieure du système homogène dans ses bases de principe de l'institution du recours de droit pénal. Même si l'on considère les recours de droit pénal en une institution fondée sur des bases plus ou moins et relativement unifiées il ne peut pas être négligé le fait que cette institution se concrétise *sous des aspects bien différents* tant dans sa destination directe que, par conséquence, dans sa réglementation juridique; les formes de son apparition sont réunies en un *ensemble* par les conséquences de principe et pratiques résultant du principe de base du droit au recours judiciaire. Cela vaut en particulier pour la conception de droit de procédure criminelle socialiste qui, outre tout ce qui a été dit ci-dessus, souligne l'importance des tâches de procédure unifiées à toute phase de la procédure.<sup>9</sup>

Pour le classement des recours judiciaires, on considère d'habitude plusieurs points de vue (*fundamentum divisionis*).<sup>10</sup> Ce sont notamment, entre autres: une différenciation suivant la notion plus ou moins restreinte des recours judiciaires, une délimitation à partir des différentes phases de la procédure, une distinction à partir de l'effet juridique des recours judiciaires,

1974. Dans la littérature occidentale, parmi les ouvrages français: Bouzat, P.—Pinatel, J.: Traité de droit pénal et de criminologie, I—II, Paris, 1963, II, Procédure pénale, p. 1118 et suiv., Larguier, J.: Droit pénal général et procédure pénale, Paris, 1977, p. 278 et suiv.; parmi les ouvrages publiés en RFA: Schulz, G.—Berke-Müller, V.: Strafprozessordnung, Heidelberg-Hambourg, 1978, p. 463 et 483, Schreiber, H.: Strafprozess und reform, Darmstadt, 1979, p. 104, 157, Dahs, H.: Die Revision im Strafprozess, Munnich, 1980, Roxin, C.: Strafverfahrensrecht, Munnich, 1983, p. 299 et suiv.; parmi les ouvrages autrichiens: Grassberger, R.: Psychologie des Strafverfahrens, Vienne—New York, 1968, p. 344 et suiv.; parmi les ouvrages italiens: Grieco, A.: Codice di procedura penale, Rome, 1961, p. 1012 et suiv., Pisapia, G.: Compendio di procedura penale, Padoue, 1982, p. 427, 449, 458 et 478; dans le domaine de droit anglosaxon: Palmer, H.: Wilschere's criminal procedure, Londres, 1961, p. 257 et suiv.

<sup>9</sup> C.f.: Szabóné Nagy, Teréz: A szocialista büntető igazságszolgáltatás egységsítése és differenciálása, Budapest, 1974, p. 9, 38 et d'autres endroits.

<sup>10</sup> Pour le classement ou la division des recours judiciaires, tout comme pour la définition de leur notion, plusieurs conceptions et de caractère différent se trouvent dans la littérature quoique leur base soit pour la plupart commune. Voir entre autres: Szabó Nagy, Teréz (réd.): Cahier de cours, II, 1982, p. 176, Móra—Kocsis: idem, p. 407, Finkey: idem, p. 528, Vámbéry: idem, p. 298, Angyal: idem, p. 184; de la littérature étrangère: Tcheltzov: idem, p. 308, Bojev: idem, p. 305, Bouzat—Pinatel: idem, p. 1118, Roxin: idem, p. 303, Pisapia: idem, p. 428.

etc. Toutefois, à côté de ces principes de division plus ou moins traditionnels, d'autres points de vue moins répandus peuvent jouer également; tels sont par exemple: recours judiciaires distingués suivant les cas où ils peuvent être appliqués d'office ou par demande, où ils servent à contester un point de fait ou de droit, etc. Mais le classement des nombreux types de recours judiciaire et la base même de ce classement ne peuvent être propres à nous orienter que dans le cas où ils se lient avec les aspects notionnels des recours judiciaires classés dans les différentes catégories et surtout avec leur destination et leurs fonctions directes.

B) Une distinction fondamentale entre les recours de droit pénal est celle qui considère les instruments de recours judiciaire compris dans un sens plus large d'une part et les recours judiciaires proprement dits compris dans un sens restreint d'autre part. La première catégorie comprend tous les instruments juridiques et autorisations de procédure qui visent l'amélioration par un effet juridique d'une situation de procédure défavorable ou jugée comme telle ou, éventuellement, comme attentatoire au droit (présentations, propositions, déclarations, addition, révocation, etc.). Par contre comme recours judiciaires compris dans un sens restreint (proprement dits) ne peuvent être considérés que ceux qui sont réglés par la loi aussi, généralement, comme tels en les désignant recours judiciaires c'est à dire comme une institution spéciale; par exemple: demande, appel, requête civile, etc. Au cours de l'histoire de développement des recours judiciaires, c'étaient ces derniers et, parmi eux, en particulier les différents recours judiciaires applicables contre la décision de justice sur le fond qui exerçaient une influence bien forte sur l'évolution des systèmes de recours judiciaire mêmes et ce sont encore ceux qui ont la plus grande importance du point de vue pratique dans la jurisprudence et qui sont en même temps au centre de l'intérêt théorique et scientifique.

Une distinction moins répandue mais importante en ce qui concerne la base de l'autorisation de procédure est celle qui considère les recours judiciaires suivant la possibilité de leur application par demande, d'office ou par toute les deux voies. La plupart des recours judiciaires s'appliquent *par demande*; des exemples en sont: la demande en justification, la demande en blanchissage, l'appel, la demande de tenir audience. Dans le cas de ceux-ci, la réparation légale ne peut exercer son effet que par la mise en pratique de l'autorisation à procéder qui réside dans ces instruments juridiques. Par contre pour les recours judiciaires appliqués *d'office* c'est l'autorité même qui intervient sans demande en faveur de la correction de la faute, l'erreur ou contravention commises dans les décisions considérées. Tels cas sont, par exemple: la correction des erreurs ou défauts d'une décision ou d'un procès-verbal de l'autorité, la réparation ultérieure par procédures spéciales de défauts d'une décision de justice en force de chose jugée, la surveillance exercée sur la légalité par l'avocat général au cours de l'enquête ou les décisions et mesures prises dans le cadre de celle-ci sans aucune demande (modification des actes d'enquête, leur annulation, ordonnance de nouveaux, etc.), et l'activité du tribunal visant la vérification — sans aucune demande — de la légalité et le bien-fondé de l'accusation entraînant en cas de nécessité même la réparation légale (enquête supplémentaire, ordonnance de l'arrêt des poursuites, etc.) déployée au cours de la préparation de l'audience.<sup>11</sup> Il existe enfin un

<sup>11</sup> Un exemple exceptionnel de la requête civile dont l'initiative peut être prise *d'office* par le tribunal en cas de contraventions à la règle de procédure et

type de recours judiciaire qui peut faire l'objet d'une demande présentée à l'autorité mais que l'autorité peut appliquer d'office, à sa propre initiative; dans cette catégorie peuvent être cités p.ex.: la correction — dans certains cas — de la décision, la correction du procès-verbal ou son complètement ainsi que certaines procédures spéciales.

Certains recours judiciaires sont possibles à toutes les phases de la procédure (y compris celle qui suit l'entrée en vigueur) et qui sont d'un caractère quasi général (p.ex.: correction, blanchissage, justification) et d'autres ne peuvent être appliquées que dans des phases de procédure définies. Ainsi p.ex. seulement à celle de l'enquête: plainte, surveillance exercée d'office par l'avocat général sur l'enquête, dans certains systèmes de droit, protestation contre l'acte d'accusation ou encore opposition ou plainte contre les démarches du juge d'instruction, etc. D'autres types de recours judiciaires, tels que l'appel ou, dans certains systèmes de droit, la demande en nullité, etc. on ne peut bénéficier qu'à la phase de justice de la procédure. Ces derniers recours judiciaires qui s'appliquent à la phase de justice de la procédure sont appelés aussi *Voies de réformation*; c'est donc le champ restreint au sein de la notion collective des recours judiciaires.

Les recours judiciaires qui peuvent être formés à la phase de justice de la procédure, dits voies de réformation, peuvent être classés dans deux sous-catégories et cela par une terminologie très répandue: dans la catégorie des voies de réformation *ordinaires* et dans celle des voies de réformation *extraordinaires*. Des premières, les personnes ayant droit peuvent bénéficier avant la clôture définitive de la procédure et des dernières, après la clôture définitive de la procédure. La différenciation des recours judiciaires suivant leur caractère ordinaire ou extraordinaire constitue l'une des formes essentielles du classement et c'est elle, au fond, qui assure et assure encore la base de l'élaboration des principes de recours judiciaire et même de celui de leur système dans les droits positifs.<sup>12</sup> La demande pouvant être présentée en matière de tenue d'audience dans la procédure de justice (dans certains cas exceptionnels) est également un recours ordinaire. Elle peut en effet être formée, tout comme n'importe quel recours, avant l'entrée en vigueur de la décision c'est-à-dire au cours de la procédure (au lieu d'un appel).

La différenciation est également possible à la base du fait qu'un recours judiciaire permet d'attaquer les questions de fait jugées par la décision de l'autorité ou des questions de droit (aussi). (Ce problème se pose en particulier pour les recours judiciaires connus dans la procédure de justice.) Par exemple l'appel est, dans la plupart des droits de procédure socialistes et non

---

qui touchent l'affaire de base est celui sur lequel l'article 388, l'alinéa 2 de l'article 474 et l'alinéa 1 de l'article 476 de la Loi de procédure polonaise de 1969 portent. Suivant la jurisprudence hongroise antérieure à l'établissement du code de procédure criminelle, impliqué à la loi XXXIII de 1896, (la vigueur du décret de conseil gouvernemental formulé à ce sujet au XVIII<sup>e</sup> siècle a été maintenue par la décision de la réunion plénière du Tribunal Suprême voire de la Cour, tenue en 1881), les décisions prises en première instance concernant des actes criminels contre la vie devaient être, même en absence de recours judiciaires, transmises d'office au tribunal suprême pour que celui-ci les revise. C.f.: *Finkey*: idem, p. 539.

<sup>12</sup> La *vigueur légale* constitue la ligne de démocratisation dans le droit de procédure soviétique aussi (parties IV et VI du Code de 1960) bien qu'elle y serve pour base non au classement direct des recours judiciaires ordinaires et extraordinaires mais à celui des décisions de justice définitives et non définitives qui seront révisées en conséquence de ces premiers. C'est ce que les auteurs disent, eux aussi, comme p.ex.: *Tcheltzov*: idem, p. 308 et 335, *Rekunkov—Orlov*: idem, p. 389 et 358.

socialistes, un recours qui permet d'attaquer le *point de fait aussi bien que le point de droit* tandis que le recours judiciaire suivant, la demande en nullité sert déjà *seulement* à la réparation en *questions de droit* et même, en général, de contraventions commises au cours de la procédure. Le recours judiciaire à une instance appliqué à la phase de justice (la plupart du temps, l'appel) assurant, dans les droits de procédure socialistes et ainsi dans celui de notre pays aussi, la base de l'incrimination de questions de fait et de droit également cette distinction a son importance pratique moins dans l'application du recours judiciaire que dans son appréciation, c'est-à-dire pour la compétence de décision du tribunal de deuxième instance (compétences de cassation, de réformation). Des voies de réformation ordinaires, la requête civile est l'instrument de réparation de questions de fait dans leur *majorité* tandis que la réclamation de légalité l'est de questions de droit dans leur *majorité*.

Les types de la réparation légale ordinaire qui peut être appliquée dans la procédure de justice, c'est-à-dire de l'appel, peuvent se varier en fonction de la disposition de procédure concrète suivant le cas où un appel *particulier* formé contre une certaine décision c'est-à-dire un appel indépendant de celui applicable contre la décision prise sur le fond peut avoir lieu ou un appel qui, compte tenu de la disposition formelle de la loi, ne peut être appliqué qu'en *parallèle* à l'appel formé contre la décision *sur le fond*, avec lequel il doit être lié. Ainsi, par exemple, ne peuvent être incriminés que de cette dernière façon, complémentaire, c'est-à-dire par un appel simultané à l'attaque de la décision sur le fond: le rejet de la proposition relative à la production de preuves et présentée lors de l'audience, le déni de la demande en récusation du juge, etc. Par contre, dans les cas d'appels formés contres les autres décisions et qui constituent la grande majorité il n'y a pas de telles restrictions et ces décisions peuvent être frappés d'appel indépendamment, sans attaquer en même temps la décision sur le fond. Cette réglementation discriminatoire appliquée parfois par le droit positif et qui restreint le droit de recours judiciaire (ou son exercice) de la façon spécifique mentionnée ci-dessus trouve son explication dans le fait que les différentes décisions, incriminées, prises au cours de la procédure de justice ne revêtent pas d'importance en eux-mêmes mais seulement par leur *appréciation simultanée* de celle de la décision de justice sur le fond ou de l'appel formé contre celle-ci.

Les recours judiciaires peuvent être distingués aussi selon qu'ils sont formés contre un acte de procédure (décision, mesure) erronné, contraventionnel ou jugé tel de l'*autorité* (tels sont, par exemple: demande, appel) ou en vue de l'élimination de préjudices légaux produites par négligence des *intéressés* de la procédure (p.ex.: justification, blanchissage). Cette distinction n'a pas d'importance pratique ni théorique en ce qui concerne la conception des recours judiciaires parce que, pour l'essentiel du recours judiciaire, il est indifférent que l'erreur, le manquement ou la contravention à réparer par celui-ci a pour origine le comportement de l'autorité ou celui des intéressés de la procédure, étant donné la nature objective de la lésion de droit.

Un mode de réglementation très répandu mais également irrélevant en ce qui concerne la notion de recours judiciaire qui peut être appliqué pour les recours judiciaires est celui suivant lequel le droit de l'appréciation reste dans certains cas à l'autorité ayant pris la décision incriminée tandis que dans d'autres cas ce droit revient à une autorité suprême revêtue d'une compétence plus élevée. Dans ces derniers cas, il s'agit d'un recours judiciaire transmetteur du droit de la réparation légale, d'un recours judiciaire à effet dit *dévo-*

lutif comme p.ex. l'appel. Par contre des recours judiciaires non transmetteurs du droit de l'appréciation et qui *n'ont pas d'effet dévolutif* sont p.ex.: la justification, le blanchissage ou la requête civile en général. Pour ces derniers recours judiciaires, ce n'est pas une autorité suprême qui décide sur la prononciation ou le déni de la réparation légale mais la même qui a pris la décision (la mesure) incriminée. De tout façon il est indifférent du point de vue de la notion de recours judiciaire que la contravention sera réparée, suivant la solution de droit positif à appliquer, par l'une ou l'autre autorité mais ce qui importe est le seul fait que celui ayant droit à la correction officielle des erreurs de la décision (mesure) incriminée est autorisé à procéder par un instrument juridique réglementé par la loi.

Cependant, du point de vue considéré, il y a encore des recours judiciaires à effet tantôt dévolutif et tantôt non dévolutif qui ressortissent à une compétence d'appréciation dite *mixte*; tel est, par exemple, la réclamation formée au cours de l'enquête. L'autorité chargée de l'enquête, ayant pris la décision (mesure) incriminée, peut lui faire droit elle-même et la réclamation n'a pas alors d'effet dévolutif. Mais lorsque l'autorité chargée de l'enquête ne fait pas droit à la réclamation elle doit être transmise à l'avocat général qui se prononcera sur celle-ci (Loi de procédure, article 148, alinéa 5); dans ce cas, la réclamation est déjà à effet dévolutif. Dans certains cas, la réclamation de légalité peut aussi être considérée comme recours judiciaire ressortissant à la compétence d'appréciation mixte. A l'appréciation de cette réclamation, c'est le Tribunal Suprême qui est directement autorisé dans la mesure où celle-ci est un recours judiciaire à *effet dévolutif* donc spécial. Par contre dans le cas où le Tribunal Suprême ordonne, en annulant la décision contre laquelle la réclamation a été formée, une nouvelle procédure au cours de laquelle la nouvelle décision portant généralement réparation valable à la contravention sera prise par le même tribunal qui a procédé premièrement la réparation se qualifie, *dans ce sens voire dans sa conclusion*, déjà réparation légale à effet *non dévolutif*.

Une différenciation des recours judiciaires qui a beaucoup plus d'importance pratique est celle qui prend pour base la conséquence directe de l'application de la réparation légale c'est-à-dire qui se fait selon que le recours judiciaire considéré va-t-il empêcher ou non l'entrée en vigueur ou l'application de la décision incriminée. C'est indiscutablement sous cet aspect que le recours judiciaire a une importance et un caractère pratique pour celui qui y est autorisé et qui est le premier à être en contravention ou qui veut faire obstacle, par la réparation légale, à la production de conséquences juridiques préjudiciables. En règle générale, seul les recours judiciaires ordinaires qui sont formés contre une décision administrative prise sur le fond et, en particulier, un jugement ou un arrêt définitif exercent un effet dilatoire (*suspensif*) sur la vigueur et sur l'application à la fois (Loi de procédure, article 235, alinéa 4). Tel recours judiciaire est l'appel formé contre ces décisions. Les recours judiciaires formés contre d'autres décisions n'ont pas d'effet suspensif sur l'application mais seulement sur l'entrée en vigueur ou n'exercent qu'un effet dispensatif sur cette dernière même dans la phase de justice de la procédure ce qui veut dire que des recours judiciaires n'empêchent pas l'application des conséquences juridiques impliquées à la décision considérée. Ainsi la réclamation pouvant être formée au cours de l'enquête, l'appel formé contre une décision qui ne préjuge pas le fond ainsi que les voies de réformation extraordinaires sont à effet *non suspensif*, du moins en général.

Toutefois, dans des cas exceptionnels, ces dernières peuvent avoir un effet suspensif qui leur est assuré par la loi-même ou dont l'application est laissée par celle-ci à l'autorité qui procède. Ainsi, par exemple, le recours judiciaire formé contre l'amende à son effet dilatoire résultant de la disposition de la loi (Loi de procédure, article 108, alinéa 1). L'appel formé contre une décision qui ne préjuge pas le fond (Loi de procédure, article 269, alinéa 2) ou réclamation formée au cours de l'enquête (Loi de procédure, article 148, alinéa 3) peuvent avoir un effet suspensif sur l'application exceptionnellement, suivant le discernement de l'autorité qui procède.





## Zur Frage der historischen Entwicklungstypen der gewillkürten Stellvertretung

(Eine rechtsvergleichende Studie)

Dem hochverehrten Jubilar, den zu ehren dieser Band bestimmt ist, verdanken wir sehr geschätzte Darstellungen auch des modernen Rechts. Auch die allgemeine und ungarische Rechtsgeschichte — vor allem vom dogmatischen Aspekt her — haben ihn stets interessiert; erinnert sei nur an seine bahnbrechenden Arbeiten „A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára” (Die Pandektistik und ihr Einfluß auf die ungarische Privatrechtswissenschaft) Szeged, 1976 und „Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik” Szeged, 1981. Es sei mir daher gestattet, mich mit einer solchen Abhandlung an seiner Ehrung zu beteiligen, die sich mit einigen dogmengeschichtlichen Fragen der gewillkürten Stellvertretung, die der Jubilar in seinen oben erwähnten Werken auch behandelt, befaßt.

### I.

#### *Die kontinentaleuropäischen Rechte*

1. Einen wesentlichen Bestandteil der Analyse historischer Natur bildet die kurz gefaßte Untersuchung der auf die Stellvertretung bezogenen lateinischen Terminologie.<sup>1</sup> Es ist festzustellen, daß sich im römischen Recht keine auf diese Rechtsseinrichtung bezogene Fachterminologie entwickelt hat.<sup>2</sup> Einen gewissen Hinweis können höchstens — in Anbetracht der lateinischen termini technici — die in den Werken von den Glossatoren und Kommentatoren befindlichen, über keine eindeutige Bedeutung verfügenden Ausdrücke, *repraesentatio* bzw. *repraesentare* geben. Hofmann verweist bei der Analyse der mittelalterlichen Bedeutung dieser Worte darauf, daß die Wendung „*personam alicuius repraesentare*” und die sich daraus entwickelnde Wendung „*aliquem*

<sup>1</sup> Hier sei darauf hingewiesen, daß der Verfasser dieser Abhandlung in seinem i. J. 1982 veröffentlichten Buche (Die gewillkürte Vertretung, Theoretische und dogmatische Untersuchungen von den antiken Rechten bis zu den modernen Rechten, Budapest, Akadémiai Kiadó 243 S.) die Probleme der gewillkürten Stellvertretung einer Analyse allgemeiner Art unterzogen hat.

<sup>2</sup> Bezüglich des Inhalts des Wortes „repraesentatio” bei den Römern, das in den Werken der Glossatoren und Kommentatoren zu finden ist, s. L. Schnorr v. Carolsfeld, *Repraesentatio und Institutio*. Zwei Untersuchungen über den Gebrauch dieser Ausdrücke in der römischen Literatur (Festschrift Koschaker I Weimar, 1939) S. 103 ff. und H. Hofmann, *Repräsentation*. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert, (Berlin, 1974) S. 38 ff.

*repraesentare*<sup>3</sup> nicht unbedingt mit dem Konsens im Zusammenhang stehen. Die *repraesentatio*, die mit der Stellvertretung gleichbedeutend ist, ist im Grunde genommen eine Kategorie von rein objektiven Elementen. Die Rechtsfolgen treten dementsprechend aufgrund der sog. *personarum identitas* (Bal-  
dus) in der Person des Vertretenen ein.<sup>4</sup> Zur Identität des Vertreters und des Vertretenen führt aber nicht die auf die Vertretung bezogene *Vereinbarung* der beiden Partner — mit anderen Worten also ein subjektives Element —, sondern eine *objektive Situation*, die regelmäßig auf einem Verhältnis hierarchischer Art beruht.

2. Daraus folgt, daß nicht einmal in der Periode des Fortlebens des römischen Rechts der Wille — d. h. ein subjektives Element — die Grundlage der Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung bzw. deren direkte Form — bildet. In diesem Sinne verliert diejenige, zuerst von Martinus vertretene dogmatische Ansicht viel von Bedeutung, aufgrund deren der Vertretene in Form einer *utilis actio* direkt durch die vom Vertreter mit Dritten abgeschlossenen Verträge berechtigt und verpflichtet wird.<sup>5</sup> Das gleiche gilt für die Bewertung der Konzeption von François Hotman (Hotomannus), der den Lehren von Martinus folgt.<sup>6</sup> Martinus und Hotman, die in der Literatur als Vorläufer der Konzeption der direkten Stellvertretung betrachtet werden, stimmen auch darin überein, daß sie die in den hierarchischen Beziehungen wurzelnden Stellvertretung nicht von derjenigen Stellvertretung trennen, die sich auf ein Verhältnis (Innerverhältnis) nicht hierarchischer Art stützt. Bei diesen Rechtsgelehrten ist die objektive „*personarum identitas*“ nicht von der subjektiven „Identität“ getrennt.

3. In der Literatur gebührt den überragenden Gestalten der naturrechtlichen Richtung, Grotius, Wolff, Samuel Pufendorf, Wernher und nicht zuletzt Zeiller das Verdienst, eine solche Lehre entwickelt zu haben, die mit der objektiven Form der „*personarum identitas*“ bricht.<sup>7</sup> Die Rechtsgelehrten des Naturrechts schaffen eine solche Konstruktion der gewillkürten Stellvertretung, wobei die hierarchischen Verhältnisse — in dogmatischer Sicht — stark in den Hintergrund gedrängt werden. Das größte Verdienst dieser Lehre besteht unseres Erachtens nicht darin, daß durch diese Doktrin das Prinzip der unmittelbaren Form der gewillkürten Stellvertretung im allgemeinen anerkannt wird. Viel mehr Bedeutung ist dem Umstand beizumessen, daß die naturrechtliche Richtung die Institution der auf der Konstruktion der *Willensautonomie* beruhenden Stellvertretung erschafft. Dieser Lehre gemäß bilden die Basis des Eintritts der direkten Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen nicht mehr die Bande hierarchischer Art. Das oben betonte Verdienst der naturrechtlichen Richtung wird aber vom historischen Aspekt her

<sup>3</sup> Der Ausdruck *repraesentatio* ist immer mit dem Wort *persona* zusammen mit der Stellvertretung gleichbedeutend. S. Hofmann, a. a. O. S. 165.

<sup>4</sup> Vgl. Hofmann, a. a. O. S. 160 ff.

<sup>5</sup> Bezüglich der These von Martinus, die den Grundsatz „*alteri stipulari nemo potest*“ durchbricht s. U. Müller, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Stuttgart, 1969) S. 44 ff., G. Wesenberg, Verträge zugunsten Dritter (Weimar, 1949) S. 102—104 und *ders.*, Aus der Geschichte der Verträge zugunsten Dritter (Schleswig-Holsteinische Anzeigen 194 (1947) S. 122.

<sup>6</sup> In bezug auf die Auffassung von Hotmann betreffs der Stellvertretung, der ansonsten das römische Recht in vielerlei Hinsicht kritisch betrachtet s. Müller, a. a. O. S. 96 f.

<sup>7</sup> S. zusammenfassend Müller, a. a. O. S. 123—143.

auf ziemlich eigentümliche Weise letzten Endes zum größten Hindernis der Erhellung des wahren Wesens der gewillkürten Stellvertretung. Dies läßt sich darauf zurückführen, daß die von dieser Richtung entwickelte und vertretene Doktrin, da sie ausschließlich dem *Willen* Bedeutung bzw. Relevanz beimißt, die im Bereich der handelsrechtlichen Beziehungen herrschenden Konstruktion der Stellvertretung, die in ihren Wesenszügen mit der in Verhältnissen hierarchischer Art wurzelnden Stellvertretungskonstruktion verwandt ist, außer Acht läßt.

4. Die im Zeitalter der Aufklärung in den deutschen Territorialstaaten entstandenen Gesetzbücher, der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 und das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, verbinden die Rechteinrichtung der direkten d. h. „echten“ Form der gewillkürten Stellvertretung eindeutig mit dem Mandat. Bedingung des direkten Eintritts der Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen ist in beiden Gesetzbüchern — gleich dem französischen Code civil und dem österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch — die Handlung des Vertreters aufgrund des Auftrages des Vertretenen.<sup>8</sup> Für beide Gesetzeswerke ist also die Bindung der direkten Stellvertretung an eine gewisse Identität subjektiver Natur charakteristisch. Darauf verweist eindeutig das Mandat. Die sog. freien Stellvertretungsverhältnisse, deren wesentlichsten Charakterzug das Mandat, das sich auf Beziehungen nicht hierarchischer Art stützt, zum Ausdruck bringt, drängen die Konstruktion der in hierarchischen Verhältnissen wurzelnden Identität des Vertreters und des Vertretenen in den Hintergrund, und haben eine Art Verschmelzung des Innen- und des Außenverhältnisses zur Folge.

Diese Betrachtungsweise charakterisiert auch die auf die Stellvertretung bezogene Regelung des Code civil und des ABGB.<sup>9</sup> Diesbezüglich ist zu erwähnen, daß die wirtschaftlichen und geistigen Entstehungsumstände der erwähnten vier Gesetzeswerke im wesentlichen gleich sind. Im Code civil und im ABGB steht die Stellvertretung im engsten Zusammenhang mit dem Mandat.<sup>10</sup> Diese Anschauungsweise widerspiegelt sich auch in der Theorie. Savigny gebührt das Verdienst, als erster die Stellvertretung im Bereich des allgemeinen Teils des Obligationenrechts behandelt zu haben.<sup>11</sup> In der Literatur vor

<sup>8</sup> Eine eingehende Analyse der auf die Stellvertretung bezogenen Regelung der beiden Kodizes findet sich bei H. Bauer, Die Entwicklung des Rechtsinstituts der freien gewillkürten Stellvertretung seit dem Abschluß der Rezeption in Deutschland bis zur Kodifikation des BGB (Diss. Erlangen, 1963) S. 64—76 und F. Everding, Die dogmengeschichtliche Entwicklung der Stellvertretung im 19. Jahrhundert (Diss. Erlangen, 1951) S. 26—34.

<sup>9</sup> S. Art. 1984 des Code civil, in dem terminus technicus „procuration“ mit der Vollmacht — im Sinne des BGB — identisch ist. Der Mandatsbegriff des Art. 1948 umfaßt eigentlich nur das „mandat représentatif“, das sog. „offene Mandat“, das „mandat ostensible“. Die „procuration“ heißt hier im technischen Sinne die hiermit verbundene Vertretungsmacht. Ihr Umfang wird im Streitfalle vom juge de fonds festgestellt. Im Sinne des § 1002 des ABGB wird die Vollmacht als mit einem Mandat verbunden betrachtet.

<sup>10</sup> Beachtenswert ist, daß der sog. Urentwurf des ABGB (der Entwurf von Martini) von 1796 das Mandat von der Vertretungsmacht trennt. Zeiller hält aber diese Konstruktionsform nicht für nowendig. Vgl. H. Kiesel, Stellvertretung ohne Vertretungsmacht im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht. (Diss. Stuttgart, 1966) S. 126.

<sup>11</sup> S. C. F. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts III (Berlin, 1840) S. 90—98. Vgl. L. Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht

Savigny wurde die Stellvertretung in der überwiegenden Mehrheit der Fälle an die Prozeßprokurator, an das Mandat oder an die *actiones adiecticiae qualitatis* gebunden.

5. Die Vertreter der Pandektistik benutzen die römischrechtlichen Quellen zur Rechtfertigung bzw. zur Legitimation der direkten Stellvertretung auf subjektiver Basis, wobei sie sich zweifelsohne einer Prekonzeption bedienen. Die savignyanische Geschäftsherrntheorie und die Zessionstheorie von Puchta messen auf gleiche Weise keine Bedeutung derjenigen Form der Stellvertretung bei, die in einer Beziehung objektiver Natur zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen wurzelt.

Für die Regelung der auf dem europäischen Kontinent bis zur Hälfte des 19. Jahrhunderts entstandenen Kodifikationen und für die in der Literatur herrschenden Ansichten in bezug auf die Stellvertretung ist gleicherweise eine Betrachtungsweise *subjektiver* Art charakteristisch. Man könnte auch so konzipieren, daß die Grundlage des Eintritts der direkten Rechtsfolgen in der Person des Vertretenen der Wille des Vertretenen bildet.<sup>12</sup> Die Anerkennung der Relevanz des Willens des Vertretenen, als subjektives Element der Ermächtigung des Vertreters, ist als Ergebnis einer jahrhundertlang währenden theoretischen und ideologischen Überlegung zu bewerten.<sup>13</sup> Diese Basis, Grundlage der Stellvertretung hat folglich theoretischen Charakter. Hinter dieser Überlegung stecken letzten Endes diejenigen Warenverhältnisse, die einerseits den feudalen Rahmen zersprengen, andererseits jedoch den kapitalistischen Handelsbeziehungen, die immer mehr Aufschwung nehmen, noch nicht zu folgen vermögen. Auf den Aufschwung dieser Handelsbeziehungen, der auf dem Kontinent und vor allem in Deutschland zu beobachten ist, läßt sich zurückführen, daß auch die Konstruktion der Stellvertretung in diesem Zeitalter auf der Basis des autonom werdenden Handelsrechts einer Modifizierung bedarf.

6. Die Trennung zwischen dem Innenverhältnis (vor allem dem Mandat) und dem Außenverhältnis wird durch die Ausbildung der in Beziehungen objektiver Art wurzelnden handelsrechtlichen Stellvertretung ermöglicht. Für die Rechtslage des im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 zum Vorschein kommenden Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten ist vielmehr die Rücksichtnahme auf die Ansprüche der Verkehrsverhältnisse (mit anderen Worten auf den Verkehrsschutz), als die Berücksichtigung der mit viel Sorgfalt ausgearbeiteten theoretischen Grundlagen charakteristisch. Der von dem Innenverhältnis vollkommen unabhängige Rechtsschein, wobei die Konstruktion der Vollmacht entscheidende Rolle spielt, wird maßgebend.<sup>14</sup> Dieser Rechtsschein unterscheidet sich seinem Wesen nach von der Basis, die auf dem Gebiete des Privatrechts zum unmittelbaren Rechtserwerb bzw. zur

---

mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts (Wien, 1885) S. 80. Savigny befaßt sich mit der Stellvertretung auf ausführliche Weise in seinem „Obligationenrecht“. Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts II (Berlin, 1853) S. 21–88.

<sup>12</sup> Vgl. E. Bucher, Organschaft, Prokura, Stellvertretung zugleich Auseinandersetzung mit BGE 95 442 „Prospera“ GmbH (Festgabe Bürgi, Zürich, 1971) S. 45.

<sup>13</sup> Kaser vertritt in der Literatur die Ansicht, daß im Bereich der Anerkennung der direkten Stellvertretung auf subjektiver Basis auch die Freiheitsidee der Französischen Revolution eine nicht geringe Rolle spielt. S. A. Ormanni, Kaser sulla rappresentanza (Vortragsbesprechung) Laboe 2 (1956) S. 267.

<sup>14</sup> Vgl. Bucher, a. a. O. S. 45.

direkten Verpflichtung des Vertretenen führt: d. h. vom Willen des Vertretenen, der auf das Vertretensein gerichtet ist.

Hinter dem Rechtsschein, der im deutschen Handelsrecht überragende Bedeutung, hat, steckt unseres Erachtens in dogmatischer Sicht die Konstruktion der „*personarum identitas*“. Diese Feststellung wird damit begründet, daß im Laufe der Vorarbeiten zu dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, die schon im Jahre 1857 begannen, die Gesetzesverfasser sich keiner der in dieser Periode als herrschend geltenden Theorien — z. B. der Geschäftsherrntheorie von Savigny — anschließen wollten.<sup>15</sup> Das Innenverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen auf dem Gebiete des Handelsrechts unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der Konstruktion des Innenverhältnisses der sog. freien Stellvertretungsverhältnisse, weil im Bereich des Handelsrechts nicht das privatrechtliche Mandat, das eindeutig in der Willensautonomie wurzelt, sondern das Verhältnis zwischen dem Ansteller und dem Angestellten, das Elemente hierarchischer Art beinhaltet, maßgebend ist.<sup>16</sup> Diese Konstruktion hat insoweit geschichtliche Vorläufer, daß gerade auf dem Terrain des Handels im mittelalterlichen Deutschland der Vertreter meistens Angestellte — mit einem etwas anachronistisch klingenden terminus technicus des modernen Rechts — des Vertretenen (d. h. des Händlers) ist.<sup>17</sup> Festzustellen ist, daß gerade dieses Verhältnis objektiver Natur, daß überwiegend hierarchische Elemente zum Inhalt hat, die „Identität“ — die eindeutig für die Außenwelt, für Dritte zum Vorschein kommt — zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zustandebringt. Diese sozusagen zu „vermutende“ Identität bildet die Basis der Trennung der Vollmacht vom Innenverhältnis.

7. Außerordentlich interessant und eigentümlich ist, welchen Einfluß die Konstruktion der handelsrechtlichen Stellvertretung, die eindeutig durch die Ansprüche der Praxis bzw. des *ius in praxi*, ohne besonders bedeutenden theoretischen Inhalt geformt wurde, sowohl auf die Privatrechtslehre als auch auf die Kodifikationsarbeit ausgeübt hat. Es ist vielleicht nicht dem Zufall zuzuschreiben, daß Jhering fast gleich danach, als die Vorarbeiten zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch begonnen wurden, zu der Folgerung gelangt, daß die Rechtsfolgen der Stellvertretung vom Innenverhältnis vollkommen unabhängig sind.<sup>18</sup> Laband ist der erste, der die Vollmacht vom Innenverhältnis (praktisch vom Auftrag) dem Paradigma der handelsrechtlichen Stellvertretung folgend, auf konsequente Weise trennt.<sup>19</sup> Bezeichnend ist für die von der handelsrechtlichen Stellvertretung begonnene „theoretische Revolution“, daß Thöl, der vorher das Institut der unmittelbaren Stellvertretung in

<sup>15</sup> S. Protokoll 1. Teil 2. Lesung S. 78. zitiert von Bauer, a. a. O. S. 113.

<sup>16</sup> In bezug auf das 20. Jahrhundert macht Ballerstedt zwischen den sog. freien Stellvertretungsverhältnissen einerseits und der Prokura bzw. der Handlungsvollmacht andererseits einen Unterschied. S. K. Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter (AcP 151 (1950—51) S. 515.

<sup>17</sup> Vgl. Everding, a. a. O. S. 17.

<sup>18</sup> S. R. Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte (Jahrbücher f. die Dogmatik des heutigen röm. Rechts und des deutschen Privatrechts 2 (1958) S. 120.

<sup>19</sup> S. P. Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche (Z. f. das gesamte Handelsrecht 10 (1866) S. 184 ff.

Abrede stellt, gerade aufgrund des § 52 Abs. 3 und § 298 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches die Konstruktion der direkten Stellvertretung anerkennt.<sup>20</sup>

Die handelsrechtliche Stellvertretung, wobei der Rechtsschein, mit anderen Worten der objektive Charakter des Innenverhältnisses und die Trennung des des Innenverhältnisses vom Außenverhältnis maßgebend sind, wird sehr bald anerkannte Konstruktion im Bereich der privatrechtlichen Kodifikationen. Das sächsische Zivilgesetzbuch vom Jahre 1861 ist das erste Gesetzbuch, in dem die Trennung des Innenverhältnisses vom Außenverhältnis gesetzliche Anerkennung findet.<sup>21</sup> Der Einfluß des deutschen Handelsrechts macht sich auch in der auf die privatrechtliche und handelsrechtliche Stellvertretung bezogene Regelung des Schweizerischen Obligationenrechts von 1881 bemerkbar.<sup>22</sup> Schließlich bildet die handelsrechtliche Stellvertretung bzw. Stellvertretungslehre auch — letzten Endes — die Basis der Stellvertretungskonstruktion des BGB, insofern auch dieser Kodex die Vollmacht vom Mandat, als Grundlage des Innenverhältnisses, trennt.

8. Alles summierend läßt sich feststellen, daß die objektive Stellvertretungskonstruktion des deutschen HGB, die die Relevanz des Rechtsscheins betont und keinerlei Bedeutung dem Innenverhältnis subjektiver Natur beimißt, sowohl in der Privatrechtsdogmatik, als auch in der Gesetzgebung — vor allem in Deutschland<sup>23</sup> — herrschend wird.<sup>24</sup> Diese objektive Konstruktion, die darauf aufgebaut ist, daß das Innenverhältnis vom Außenverhältnis getrennt wird<sup>25</sup>, wirft jedoch — man soll sich auch dessen bewußt sein —, obwohl sie zweifelsohne auf dem Gebiete des Privatrechts dem Anspruch der Rechtssicherheit entspricht, viele dogmatische Probleme von großer Tragweite auf.

## II.

### *Der anglo-amerikanische Rechtskreis*

9. Da wir in dieser Abhandlung auch auf die Stellvertretungskonstruktion des römischen Rechts Rücksicht nehmen, ist zu betonen, daß die eingehende Analyse des *agency*-Rechts des anglo-amerikanischen Rechtskreises auf dem

<sup>20</sup> S. zusammenfassend *Everding*, a. a. O. S. 79 f. und *Bauer*, a. a. O. S. 94 ff. u. 141 ff. Thöl gebührt das Verdienst, die handelsrechtliche Stellvertretung von der privatrechtlichen Stellvertretung getrennt zu haben. S. *Everding*, a. a. O. S. 83. Wir erwähnen, daß *Everding* diese Trennung bzw. Unterscheidung für verfehlt hält.

<sup>21</sup> Vgl. *E. Cohn*, Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung (Marburg, 1931) S. 265 N. 4.

<sup>22</sup> Auf die Verfasser des OR hat der sog. Dresdner Entwurf, der das deutsche Obligationenrecht zu regeln berufen war, Einfluß ausgeübt. Vgl. *Th. Guhl*, Das schweizerische Obligationenrecht 4. verb. Aufl. (Zürich, 1948) S. 21.

<sup>23</sup> Der französische Code civil macht z. B. keinen Unterschied zwischen der privatrechtlichen und handelsrechtlichen Bevollmächtigung. Die im Titel XIII des Buches III des Code civil befindliche, auf das Mandat bezogene Regelung bezieht sich sowohl auf das „mandat civil“ als auch auf das „mandat commercial“. Vgl. *H. Berger*, Das Statut der Vollmacht im schweizerischen IPR. (Diss. Zürich, 1974) S. 38.

<sup>24</sup> Dies bedeutet aber noch nicht, daß im Stellvertretungsrecht — im Bereich des Privatrechts — der auf die Stellvertretung gerichtete Wille des Vollmachtgebers bezüglich des Eintritts der direkten Rechtsfolgen nicht von entscheidender Bedeutung wäre. S. z. B. bezüglich des § 36 Abs. 2 des OR *Bucher*, a. a. O. S. 33 ff. und 45. Der Rechtsschein führt an sich noch nicht zum Eintritt der direkten Rechtsfolgen.

<sup>25</sup> Müller-Freienfels weist darauf hin, daß alle im Laufe unseres Jahrhunderts entstandenen Privatrechtskodizes in irgendwelcher Form das Innenverhältnis von

Terrain der Untersuchungen der Stellvertretungskonstruktion der antiken Rechte unterblieben ist. In dieser Beziehung ist bezeichnend, daß im Bereich des hellenischen und des römischen Rechts nicht einmal Rabel, der bei der Analyse der Stellvertretung die Vergleichsbasis bezüglich der modernen Rechte nicht auf die deutsche Pandektistik beschränkte, das Institut der *agency* der Rechte des anglo-amerikanischen Rechtskreises in Betracht zog.<sup>26</sup> Diese gewissermaßen instinktive Abneigung gegenüber der Berücksichtigung der mit der Stellvertretung im Zusammenhang stehenden Konstruktion des englischen Rechts ist schon für die im Laufe des 19. Jahrhunderts herrschenden Theorien auf dem europäischen Kontinent charakteristisch.<sup>27</sup> Die juristische Romanistik, für die mehr oder weniger noch immer eine gewisse pandektistische Betrachtungsweise bezeichnend ist, folgte und folgt immer noch dieser „isolierenden“, den Rechten des anglo-amerikanischen Rechtskreises gegenüber sich zurückhaltenden Anschauungsweise.

Gegen die Benützung oder mindestens Berücksichtigung der Normen oder theoretischen Prinzipien der Rechte des anglo-amerikanischen Rechtskreises spricht unseres Erachtens nicht einmal der Umstand, daß diese Rechte in keinem Zusammenhang „genetischer“ Natur mit dem römischen Recht — mit dem justinianischen römischen Recht — stehen.<sup>28</sup> Die eingehende Analyse der Regelung der modernen Rechte wird nämlich ausschließlich dadurch gerechtfertigt, daß diese in einem direkten oder indirekten Zusammenhang bezüglich ihres historischen Werdeganges oder der Rezeption stehen. Vielmehr ist die Rücksichtnahme auf die modernen Rechte vom Aspekt der Erweiterung der Vergleichsbasis erforderlich. In dieser Beziehung besitzt die im Insel-land entwickelte *agency* ohne jedweden Zweifel Gleichrangigkeit mit den verschiedenen Formen, Konstruktionen der Stellvertretung auf dem Kontinent. Der theoretischen Untersuchung geht aber auch bezüglich der *agency* eine Analyse historischer Art voran, die die Wurzeln der heute geltenden Regelung erhellt.

10. Im englischen Recht des 18. und 19. Jahrhunderts ist der terminus technicus *agent*, der mehr oder weniger mit dem Vertreter gleichbedeutend ist, noch nicht bekannt. Das Wort *agency* ist nicht einmal im alphabetischen Register der Kommentare von Blackstone zu finden. Es wäre aber verfehlt, wenn man aus diesem Umstand darauf schließen würde, daß diese eigentümliche

---

Außenverhältnis trennen. S. W. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsge-  
schäft (Tübingen, 1955) S. 2 ff.

<sup>26</sup> S. E. Rabel, Ein Ruhmesblatt Papinians. Die sogenannte *actio quasi insti-  
toria* (Festschrift Zitelmann München—Leipzig, 1913, neugedruckt Gesammelte  
Aufsätze IV. Tübingen, 1971) S. 269 passim, *ders.*, Eine neue Vollmachtsurkunde  
(Aegyptus 13 [1933]) S. 380 passim, *ders.*, Die Stellvertretung in den hellenistischen  
Rechten und in Rom (Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano I Pavia,  
1934) S. 237 passim und *ders.*, Systasis (AHDO 1 [1937]) S. 214 passim. Bezüglich  
des Begriffes des Rechtskreises s. aus der neueren Literatur K. Zweigert—H. Kötz,  
Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I 2.  
neubearb. Aufl. (Tübingen, 1984) S. 72—86.

<sup>27</sup> Vgl. H. Lévy—Ullmann, La contribution essentielle du droit anglais à la  
théorie générale de la représentation dans les actes juridiques (Actorum Academiae  
Universalis Jurisprudentiae Comparativae I Berlin—London—Paris, 1928) S. 341.

<sup>28</sup> Vgl. G. H. L. Fridman, The Law of Agency 3. Aufl. (London, 1971) S. 3.,  
H. Gr. Hunbury, The Principles of Agency 2. Aufl. (London, 1960) S. 3. und  
S. Würdinger, Geschichte der Stellvertretung in England (Marburg, 1933) S.  
14 und 445.

Rechtseinrichtung — verglichen mit der Stellvertretungskonstruktion der kontinentalen Rechte — des englischen Rechts am Ende des 18. Jahrhunderts noch unbekannt gewesen wäre.<sup>29</sup> Das Vergleichen der *agency* mit der in den kontinentalen Rechten bekannten Konstruktion der Stellvertretung wird dadurch erschwert, daß diese Rechtseinrichtung neben dem *agent-principal*-Verhältnis auch das *master-servant*-Verhältnis, das schon von seiner historischen Seite her offenbar auf hierarchischem Verhältnis aufgebaut ist, innehat.<sup>30</sup> Daraus, daß das in Beziehungen hierarchischer Natur wurzelnde *master-servant*-Verhältnis zum Institut der *agency* gehört, läßt sich darauf folgen, daß die *agency* in der Sphäre der *origo* auf Verhältnis solcher Art beruht.<sup>31</sup> Damit erklärt sich — jedenfalls vom historischen Aspekt her — die gut fundierte Ansicht von Holmes. Dieser Auffassung gemäß hätte den Grund der *agency* im Laufe des späten Mittelalters nicht der Vertrag, sondern vielmehr die Fiktion der Identität zwischen dem *agent* und dem *principal*, deren Basis der sog. *domestic status* darstellt, gebildet.<sup>32</sup> In keinem Widerspruch steht mit dieser Identitätsfiktion die Vermutung von Würdinger, dergemäß der *agency* die im Bereich der Familienverhältnisse zum Vorschein kommende väterliche Gewalt (das Munt-Verhältnis) unterliegt.<sup>33</sup>

11. Wesentlich geringere Rolle spielt das hierarchische Verhältnis in derjenigen Praxis des Court of Chancellor, die *per analogiam* als Mittel der Anerkennung der rechtlichen Relevanz der Stellvertretungsverhältnisse das *trust*-Verhältnis betrachtet.<sup>34</sup> Wir sind der Meinung, daß nicht zuletzt dieser Umstand Pollock und Maitland zu der Überzeugung führte, das die *agency* schon von Anfang an Bestandteil des *trust* war.<sup>35</sup> Es ist natürlich auch das nicht auszuschließen, daß der chancellor gerade auf der Basis dieses von Anfang an existierenden Verhältnisses das Institut des *trust* dazu benutzte, die *agency* auf sozusagen Umwegen zur Anerkennung zu verhelfen. Vielleicht hat diese Beziehung mit dem *trust* die Integration der in formeller Hinsicht mittelbaren Stellvertretung (der sog. *undisclosed agency*) — und zwar mit direkten Rechtsfolgen — in das einheitlich konstruierte Rechtsinstitut der *agency* möglich gemacht.<sup>36</sup>

Die oben erwähnten rechtlichen Formen der Anerkennung der *agency* beschränken sich aber bloß auf das Terrain des Common Law und der vor allem von der Praxis entwickelten Equity. Der Anspruch auf Anerkennung

<sup>29</sup> S. Lévy-Ullmann, a. a. O. S. 341.

<sup>30</sup> Aus der reichen Sekundärliteratur s. Bowstead on Agency Ed. E. J. Griew, 12. Aufl. (London, 1959) S. 2., Hunbury, a. a. O. S. 10., F. R. Mechem, Outlines of the Law of Agency 3. Aufl. (Chicago, 1923) S. 3 und 10. und W. A. Seavey, Handbook of the Law of Agency (St. Paul, 1964) S. 2 und 8.

<sup>31</sup> Vgl. Lévy-Ullmann, a. a. O. S. 345.

<sup>32</sup> S. O. W. Holmes, The History of Agency in Select Essays in Anglo-American Legal History S. 3 und 367 ff. Zitiert von Würdinger a. a. O. S. 10 f. und 447. Würdinger kritisiert die Theorie der Identitätsfiktion von Holmes deswegen, weil nach seiner Ansicht die Basis der *agency* das Munt-Verhältnis bildet. Vgl. noch Lévy-Ullmann, a. a. O. S. 358 ff.

<sup>33</sup> S. Würdinger, a. a. O. S. 346 f., 448 und 454 ff.

<sup>34</sup> S. Fridman, a. a. O. S. 5 f.

<sup>35</sup> S. F. Pollock—F. W. Maitland, The History of English Law before the time of Edward I 2. Aufl. Ed. S. F. Milsom II (Cambridge, 1968) S. 228.

<sup>36</sup> Das Verhältnis zwischen dem *trust* (der Treuhand) und der Stellvertretung ist deswegen nicht aufzuhellen, weil im englischen Recht auch der mittelbare Vertreter als *agent* zu betrachten ist. S. Würdinger, a. a. O. S. 305 ff.



der *agency* kommt par excellence auf dem Gebiete des Maritime Law und des Mercantile Law zum Vorschein.<sup>37</sup> Als Ergebnis der immer mehr maßgebend werdenden Handelsverhältnisse wird ab Anfang des 17. Jahrhunderts das selbstständig gewordene *principal-servant*-Verhältnis sichtbar. Dies bedeutet die eine Linie der Entwicklung der *agency* im modernen Sinne. Im Bereich des Maritime Law entwickelt sich die Anerkennung — im wesentlichen in derselben Epoche — der vertraglichen Verantwortung des *principal*. Aufgrund dieser Verantwortung wird der Schiffseigentümer für die vom *agent* vorgenommenen Verträge auch in dem Falle verantwortlich, wenn der *agent* dazu von ihm *nicht* ermächtigt wurde. In der Sphäre des Mercantile Law und des Maritime Law wird dasjenige *principal-agent*-Verhältnis anerkannt, das von einer Beziehung hierarchischer Art (wie im Falle des *master-servant*-Verhältnisses oder des Hausvater-Hausmitglied-Verhältnisses) bzw. von einer Beziehung fiduziarischer Natur (d. h. wenn der *agent* in der Lage eines *trustee* ist) abweicht. Dieses *principal-agent*-Verhältnis, das im wesentlichen in Verhältnissen *nicht* hierarchischer Art wurzelt, schließt jedoch die Kontrolle seitens des *principal* nicht aus.

12. Dieses *principal-agent*-Verhältnis neuen Typs hat sonderbarerweise ebenso objektiven Charakter — d. h. es ist nicht unbedingt auf einer vertraglichen Basis gegründet — wie die im Bereich des Common Law und der Equity bekannte *agency*, wobei die „*fiction of identity*“ (Holmes) stark von Bedeutung ist. Es ist nicht dem Zufall zuzuschreiben, daß die literarischen Meinungen fast vollkommen darin übereinstimmen, ob der *nudus consensus* zur *agency* genügend ist. Die Antwort auf diese Frage ist überwiegend bejahend,<sup>38</sup> weil die Grundlage der objektiven „*fiction of identity*“, die sich eindeutig den Interessen der Dritten Rechnung trägt, nicht unbedingt ein Vertragsverhältnis bildet. Wir sind der Auffassung, daß diese moderne *agency*, die einerseits vom Innenverhältnis auf kontraktueller Basis unabhängig wurde und andererseits vor allem auf Drittpersonen gerichtet ist, sozusagen die „Resultante“ der auf die *agency* bezogenen Konstruktionen des Common Law<sup>39</sup> und des Mercantile Law bzw. des Maritime Law darstellt, da sie dem Gedanken der zwischen dem *principal* und dem *agent* bestehenden Identität in ausdrücklicher Form Rechnung trägt.

### Schlußbetrachtung

In dieser Abhandlung konnte der äußerst komplexe Problembereich der Entwicklungstypen der gewillkürten Stellvertretung nur in groben Zügen behandelt werden. Die Ausführungen des Verfassers haben deshalb keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. Wir hoffen jedoch, daß es doch gelungen ist, die

<sup>37</sup> Vgl. Fridman, a. a. O. S. 6 ff.

<sup>38</sup> S. Bowstead on Agency S. 1, Seavery, a. a. O. S. 4 und American Restatement of the Law of Agency § 26a. Vgl. zusammenfassend Fridman, a. a. O. S. 10 f. und K. Zweigert—H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts II (Tübingen, 1969) S. S. 118. Wir verweisen darauf, daß es auch einen solchen literarischen Standpunkt gibt, nach dem die *agency* als ein Verhältnis auf kontraktueller Grundlage aufzufassen ist. S. Mechem, a. a. O. S. 5.

<sup>39</sup> Die *equity* spielt bezüglich der Anerkennung der *sui generis agency* keine besonders wichtige Rolle, da der chancellor gerade auf diesem Gebiet einen relativ geringen Einfluß hatte. Vgl. Würdinger, a. a. O. S. 464 f.

wesentlichen oder — besser gesagt — die *wesentlichsten* Merkmale der verschiedenen Formen der geschichtlichen Entwicklung der gewillkürten Stellvertretung erhellt zu haben. Die Aufhellung dieser Problematik ist schon deswegen von nicht geringem Interesse, weil dadurch auch bezüglich der viel diskutierten Vereinheitlichung der auf das Innenverhältnis bezogenen Regelung der Stellvertretung beim internationalen Warenkauf Fortschritt erzielt werden könnte.<sup>40</sup> Dieser Fortschritt wäre vielleicht leichter zu realisieren, wenn die in diesem Falle in ausdrücklicher Form der Rechtsvereinheitlichung dienende vergleichende Analyse<sup>41</sup> auch auf die historischen Entwicklungsprozesse, die sich *im wesentlichen* nicht viel im Bereich der kontinentaleuropäischen Rechte und der Rechte des anglo-amerikanischen Rechtskreises voneinander unterscheiden, Rücksicht nehmen würde.

<sup>40</sup> Der vom UNIDROIT nach etwa fünf Jahrzehntelang währender Vorbereitung erarbeitete Text des Übereinkommens über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf wurde am 15. Februar 1983 in Genf von der Diplomatischen Konferenz, woran die Vertreter von 49 Staaten beteiligt waren, verabschiedet. (Final Act of the Diplomatic Conference for the Adoption of the UNIDROIT Draft Convention on Agency in the International Sale of Goods adopted in Geneva, 17 February 1983). Im Text wird das Innenverhältnis angesichts der divergierenden Meinungen, die mit den unterschiedlichen Regelungen im Bereich der verschiedenen nationalen Rechte (Rechtssysteme) im Zusammenhang stehen, nicht geregelt. Vgl. G. Hamza, Egyezménytervezet a képviselőtről a nemzetközi adásvétel körében (Konventionsentwurf über die Stellvertretung beim internationalen Warenkauf) Külgazdaság 27 (1983) S. 17—22. und W. Müller—Freienfels, Der Haager Konventionsentwurf über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht (Rabelsz 43 [1979]) S. 80—115. Diese Abhandlung ist in unveränderter Form abgedruckt auch im Sammelband W. Müller—Freienfels, Stellvertretungsregelungen in Einheit und Vielfalt (Frankfurt am Main, 1982) S. 359—391.

<sup>41</sup> Bezüglich der Rechtsvereinheitlichungsfunktion der Rechtsvergleichung s. Zweigert—Kötz, Einführung I<sup>2</sup> S. 26—31.

**Einige Betrachtungen zur Sanctio *pragmatica pro petitione*  
Vigilii vom 13. 8. 554 und zur am 13. 4. 534 an Belisar  
erlassenen Sanctio *pragmatica***

Ehe ich auf mein eigentliches Anliegen eingehe, möchte ich einige Bemerkungen zur Problematik der *sanctio pragmatica* generell machen.

Es ist auch heute noch schwierig, die seit Beginn des 5. Jh. als Form kaiserlicher Rechtssetzung erscheinende *sanctio pragmatica* exakt zu deuten. Eine der wohl ältesten Belege stellt das *rescriptum pragmaticum* vom 14. 10. 410 dar, in dem Kaiser Honorius als *cognitor*<sup>1</sup> Flavius Marcellus zur Schlichtung des Kirschenstreites mit den Donatisten bestellt.<sup>2</sup>

Kaiser Zeno verordnet im Jahre 477, daß eine *pragmatica sanctio* nicht auf Ersuchen einzelner Personen in einer *res privata* (*privatum negotium*), sondern nur in einer öffentlich-rechtlichen Angelegenheit erfolgen darf. Dabei wird diese nur dann anerkannt, wenn eine befugte Körperschaft bzw. Rechtsgemeinschaft um einen Rechtsbeistand bittet. Zudem soll für die Anwendung der *pragmatica sanctio* die Wahrheit des angegebenen Tatbestandes gegeben sein. De facto wird damit die *pragmatica sanctio* für Gegenstände von öffentlicher Bedeutung reserviert. Die an Belisar als *magister militum per Orientem* im Jahre 534 gerichtete Ordnung für die zurückeroberten afrikanischen Provinzen nach der Zerschlagung des Vandalenreiches wird ebenfalls als *pragmatica sanctio* bezeichnet<sup>3</sup>, weiterhin die Anfrage eines *Praefectus Praetorio* über strittige Fragen betr. Schenkungen unter Eheleuten und über die soziale Stellung von Kindern eines Freien sowie eines an die Scholle gebundenen Kolonen, die aus dem Jahre 539 stammt<sup>4</sup> etc. Eine Zusammenstellung aller als *pragmaticae sanctiones* geltenden Novellen Justinians hat N. van der Wal vorgenommen.<sup>5</sup>

Die pragmatischen Sanktionen gehören zu allen Zeiten zu den höchstpersönlichen Rechtsschöpfungsakten des Monarchen und sind bis in das 19. Jh. hinein zu verfolgen.<sup>7</sup> Nach der Ansicht von Th. Mommsen betreffen sie einen kaiserlichen Erlaß in Personalfragen, worunter er folgende Punkte versteht: 1. Die Steuerlisten; 2. Die Niederschlagung aller rückständigen

<sup>1</sup> Hier: Richter.

<sup>2</sup> Cod. Theod. 16, 11, 3.

<sup>3</sup> Cod. Just. 1, 23, 7.

<sup>4</sup> Cod. Just. 1, 27, 2.

<sup>5</sup> Nov. Just. 162.

<sup>6</sup> N. van der Wal, *Manuale novellarum Iustiniani*, 1964, S. 13.

<sup>7</sup> E. Schönbauer, Die Pragmatische Sanktion. Zur Geschichte und zur Deutung eines Rechtsbegriffes, in: *Forschungen und Fortschritte*, 35. Jg., Berlin 1961, S. 179—183, bes. S. 183.

Steuerforderungen; 3. Personalverfügungen aller Art; 4. Exzeptionelle Zulassung eines in die andere Reichshälfte ergangenen Erlasses; 5. Kaiserliche Erlasse für die Anordnung oder Regulierung eines einzelnen Prozesses und 6. Das gesamte Statutarrecht, die kaiserlichen Regulative für Städte und Korporationen.<sup>8</sup> F. C. Savagnone deutet den Ausdruck als Privileg in einer feierlicheren Kanzleiform als jene es war, in denen sonst Reskripte ergingen.<sup>9</sup>

Im Jahre 438 bestimmte Kaiser Theodosius II., daß die künftig von seinem Mitregenten Valentinian III. für den Westen des Reiches zu erlassenden Gesetze für die *pars Orientis* nur dann Gültigkeit besitzen sollen, wenn sie mit einem als *divina pragmatica* bezeichneten Begleitschreiben Valentinians ihm vorgelegt wurden. Erst dann durften sie publiziert werden.<sup>10</sup> Nach einer Novelle Justinians aus dem Jahre 539<sup>11</sup> meint Dell' Oro, daß die *pragmatica sanctio* gegenüber der *lex generalis* geringere Formalitäten erforderte und schneller und leichter erarbeitet werden konnte.<sup>12</sup> Nach der Ansicht von P. Noailles wurden von den kaiserlichen Konstitutionen die *leges generales* und die ihnen vom Kaiser ausdrücklich gleichgestellten Reskripte im *liber legum*, einem Zentralarchiv dieser Konstitutionen deponiert.<sup>13</sup> Die *pragmaticae sanctiones* wurden durch die *pragmaticarii*, Beamte einer speziellen Abteilung der kaiserlichen Kanzlei, redigiert.<sup>14</sup>

Die Geltung der nicht in den *Codex* aufgenommenen *pragmaticae sanctiones* wurde von Justinian im Publikationspatent vom Jahre 529 erörtert.<sup>15</sup> Wenn die *pragmatica sanctio* eine spezielle Begünstigung, ein an Rechtsgemeinden, Ämter oder evtl. an Privatpersonen ergangenes Privileg betraf, dann sollte sie in Kraft bleiben, bei Entscheidung von Tatbeständen oder speziellen Streitfällen aber nur dann Gültigkeit besitzen, wenn sie sich nicht mit einer Konstitution des *Codex* im Widerspruch befand. Justinian verbot in einer anderen Novelle aus dem Jahre 541, den Prozeßgang in Zivil-, Straf- oder Verwaltungsangelegenheiten durch Vorlegung von Pragmatischen Sanktionen oder Reskripten zu stören.<sup>16</sup>

Lassen wir dazu abschließend Wesener zu Wort kommen, der feststellt: „P. S. war ursprünglich eine kaiserliche Entscheidung einer Rechtsfrage in einer einzelnen *causa publica*. Bei Zeno (Cod. Iust. 1. 23. 7. [a 477]) erscheint sie noch unter dem Oberbegriff der Reskripte. Von einem schriftlichen Antwortschreiben dem kaiserlichen Kanzlei stieg sie in den Rang einer Sondernorm auf, die unmittelbar der Kaiser erließ; dabei handelte es sich um die endgültige Erledigung einer *causa publica* durch eine kaiserliche, höchst persönliche Entscheidung.“<sup>17</sup>

<sup>8</sup> Th. Mommsen, Gesammelte Schriften, 2 (=Jur. Schriften, 2. Bd.), Berlin 1905, S. 426 ff.

<sup>9</sup> In: Ann. Sem. Giur. Palermo 1929.

<sup>10</sup> Nov. Theod. 1, 5.

<sup>11</sup> Nov. Just. 162.

<sup>12</sup> Dell' Oro, Sul concetto di 'Pragmatica Sanctio', in: SDHI, 11, 1945, S. 314 ff., bes. S. 317.

<sup>13</sup> P. Noailles, Les collections des Nouvelles de l'empereur Justinien. Origine et formation sous Justinien, Paris 1912, S. 45 ff.

<sup>14</sup> Siehe hierzu Cod. Just. 1, 23, 7, 1 aus dem Jahre 477; Cod. Just. 12, 35, 5, 4 aus dem Jahre 524.

<sup>15</sup> Const. Summa 4.

<sup>16</sup> Nov. Just. 113, 1.

<sup>17</sup> G. Wesener, Art. Pragmatica sanctio, in: RE, Suppl. Bd. 14, München 1974, Sp. 460–466.

Es geht mir in meinen Ausführungen darum, noch einige Bemerkungen zur *sanctio pragmatica pro petitione Vigilii* vom 13. 8. 554<sup>18</sup> und zu der am 13. 4. 534 an Belisar erlassenen *sanctio pragmatica*<sup>19</sup> vorzutragen. Justinian äußert eingangs: *Pro petitione Vigilii venerabilis antiquioris Romae (episcopi) quaedam disponenda esse censuimus ad utilitatem omnium pertinentia, qui per occidentales partes habitare noscuntur.*<sup>20</sup> Es ging in diesem Grundgesetz zur Neuordnung der Verhältnisse in Italien darum, daß der Kaiser auf Bitte des Papstes Vigilius und im Interesse der katholischen Kirche um die Restauration der alten Ordnung auf der Apenninenhalbinsel ersucht wurde. Justinian bestimmte, nachdem die Ostgoten unter ihrem König Teja durch den byzantinischen Heerführer Narses in der Schlacht am Mons Lactarius an der Wende des Jahres 552/53 fast völlig vernichtet worden waren, daß die Verordnungen der Goten, die ja formell rechtmäßig unter der oströmischen Kaiserherrschaft als von Byzanz legitim anerkannte Vertreter regiert hatten, gültig sein sollten. Danach galten die von Amalaswintha, Athanarich und Theodahat erlassenen Verfügungen, wenn sie auf Antrag des Senats oder Volkes von Rom erfolgt waren. Die von Justinian und seiner Frau Theodora den Römern gewährten Vergünstigungen blieben unangetastet in Kraft,<sup>21</sup> während die von dem als „Tyrannen“ bezeichneten Totila getroffenen Verordnungen — Enteignungen, Geschenke, Privilegienerteilungen — nach der Weisung Justinians für nichtig erklärt wurden.<sup>22</sup> Es entwickelte sich daraufhin in Italien erneut Großgrundbesitz alten Stils, Sklaven und Kolonen, die unter Totila in Scharen ihre Freiheit erhalten hatten, wurden von den Großgrundbesitzern in ihre frühere Lage zurückversetzt. Damit wurde im Machtbereich der Byzantiner das *Corpus iuris* auch italisches Reichsrecht, während sich im Gegensatz dazu in den westlichen Nachfolgestaaten die *Leges Barbarorum*, die vom Codex Theodosianus beeinflusst waren, behaupteten.

In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, weshalb Justinian in seiner *sanctio pragmatica* den Ostgotenkönig Theoderich d. Gr. (489—526) nicht erwähnt. Bei den Ostgoten galt, im Gegensatz zu den Westgoten und Burgundern, die Gesetzgebung für alle Untertanen gemeinsam. Bereits Odoaker hatte für sich nicht das formale Recht, *leges* zu erlassen, in Anspruch genommen, sondern verfügte nur Edikte, während die *leges* vom Kaiser erlassen wurden. Das m. E. mit Recht Theoderich d. Gr. und nicht dem Westgotenkönig Theoderich II. (453—467) zugeschriebene Edikt, das *Edictum Theodorici*, unterschied sich allerdings kaum von einem Gesetz und galt, abweichend von den *Leges Romanae Visigothorum und Burgundionum*, nicht nur für die Römer, sondern auch für die Germanen und regelte ebenfalls die Beziehungen zwischen beiden, so daß man darin einen Ausgleich zwischen Germanen und Römern, den Theoderich anstrebte, erkannte. Der Inhalt ist weitgehend aus dem *Codex Gregorianus*, dem *Codex Hermogenianus* und dem *Codex Theodosianus* sowie aus den Paulussentenzen geschöpft, wobei allerdings die Regeln z. T. stark vom klassischen römischen Recht abweichen. Die 155 Artikel dienen der Rechtspraxis des täglichen Lebens

<sup>18</sup> Const. 7. Diese wichtige Konstitution ist enthalten im *Corpus Iuris Civilis*, Bd. III, *Novellae*, hrsg. von R. Schoell und W. Kroll, Berlin 1899 als *Appendix Dispensarum*, Const. 7.

<sup>19</sup> Cod. Just. 1, 27, 2.

<sup>20</sup> Const. 7. Cap. I.

<sup>21</sup> Ebda.

<sup>22</sup> Const. 7. Cap. 2.

und bieten einen interessanten Einblick in die Zustände jener bewegten Zeit. Da das *Edictum Theodorici* kein ostgotisches Recht darstellt, sondern eben die obengenannten römischrechtlichen Bestandteile incl. mehr oder weniger entfernte Anklänge an eine Reihe anderer Klassikerschriften enthält, wird es von Justinian in seiner *sanctio pragmatica* nicht erwähnt, seine Vorschriften bleiben entweder bestehen oder werden durch die *sanctio pragmatica* aufgehoben.

Allerdings war nun aber zur Zeit des Erlasses der pragmatischen Sanktion das Verhältnis zwischen Kaiser und Papst Vigilius bei weitem nicht so gut, daß der Papst als ehrwürdig, *venerabilis*, bezeichnet werden mußte. Vigilius war vom 29. (?) 3. 537 bis zum 7. 6. 555 Papst, seine Familie gehörte zu den römischen Aristokraten, die sich mit Erfolg um die Gunst der Goten bemüht hatten. Sein Vater hatte es bis zum Honorarkonsul, sein Bruder Reparatus bis zum *praefectus urbi gebracht*.<sup>23</sup> Vigilius war durch nicht mehr genau durchschaubare Intrigen und auch politischen Ehrgeiz auf den Stuhl Petri gelangt. Während seines Pontifikats war Rom die meiste Zeit zwischen Goten und Römern umkämpft, so daß wohl nur eine außergewöhnliche Persönlichkeit in der Lage gewesen wäre, eine gewisse Unabhängigkeit und päpstliche Autorität zu wahren. Dies war allerdings bei Vigilius, der zudem Anfeindungen vieler Art ausgesetzt war und wohl nur Durchschnittsniveau erreichte, nicht der Fall. Ab dem Jahre 547 kam es zwischen ihm und Justinian, der ja die kaiserliche Autorität auch in Kirchenfragen über alles stellte und nicht davor zurückschreckte, seine theologischen Ansichten auch gewaltsam durchzusetzen, zu schweren Auseinandersetzungen. Vigilius wurde 548 im Auftrag des Kaisers nach Konstantinopel geholt, beugte sich schließlich völlig dem Willen des Herrschers und durfte die Hauptstadt des Oströmischen Reiches erst 554 auf Bitte des Narses wieder verlassen.<sup>24</sup> Übrigens konnte Vigilius die Ergebnisse der pragmatischen Sanktion, die die Rechte der weltlichen und geistlichen Oberschicht Italiens stärken und die Privilegien Roms absichern sollte,<sup>25</sup> nicht erleben, er starb auf der Heimreise am 7. 6. 555 in Syrakus.

Interessant ist bei der Betrachtung dieser pragmatischen Sanktion ein kurzer Vergleich mit der ebenfalls als *sanctio pragmatica* an Belisar erlassenen Verordnung vom 13. 4. 534 über die provisorische militärische Organisation Afrikas nach dessen Sieg über die Vandalen.<sup>26</sup> Eigentlich war nur die frühere prokonsularische Provinz und die Küste von den Byzantinern besetzt, die Reorganisation der Zivilverwaltung erst in ihren Anfängen, die Maßnahmen der Grenzsicherung waren gerade eingeleitet worden, und ein Einfall der Mauren brachte die erzielten Erfolge fast ins Wanken. Belisar war im Begriff, sich nach Byzanz zu begeben und wollte sicherlich seinen Kriegsruhm nicht bei der Durchführung der Verwaltung und in neuen Kämpfen auf's Spiel setzen. In dieser *sanctio pragmatica* ordnet der Kaiser die Sitze der Heerführer für die einzelnen Provinzen an, fordert von Belisar die Sicherung der Meerenge von Gibraltar und den Schutz Sardiniens.<sup>27</sup> Er verlangt von

<sup>32</sup> A. Lippold, Art. Vigilius (9), in RE, Suppl. Bd. 14, München 1974, Sp. 864—885, spez. Sp. 864.

<sup>24</sup> Lib. Pont. v. Vig.

<sup>25</sup> Const. 7. Cap. 12, 22, 25 und 27.

<sup>26</sup> Cod. Just. 1, 27, 2.

<sup>27</sup> Cod. Just. 1, 27, 2, 1—3.

ihm, eine ausreichende Anzahl von Kriegern zum Schutze der Grenzen bereitzustellen<sup>28</sup> und fordert die Behörden auf, sich mild und gütig gegen die steuerpflichtigen Untertanen zu verhalten und denselben auf keinerlei Weise Schaden oder Nachteil zuzufügen. Sollte dessenungeachtet einer der Soldaten die Untertanen auf irgendeine Art verletzt haben, so ist der Heerführer dafür verantwortlich, daß jener (von den Kriegsleuten — G. H.) mit einer angemessenen Strafe belegt wird und die Untertanen vor Nachteil geschützt werden.<sup>29</sup> Dies war sicherlich vom Kaiser wohlwollend gemeint, aber verständlicherweise in der Rechtspraxis nicht durchführbar, zumal sich in der Geschichte Roms Heerführer und Soldaten wohl niemals mild und gütig gegen die Untertanen des *Imperium Romanum* verhalten hatten.

Auch in der o. a. *sanctio pragmatica pro petitione Vigilii* heißt es wörtlich: „Damit aber die Bewohner irgendeiner Provinz betreffs der Eintreibung der Steuern keinerlei Beschwerden erleiden, so befehlen wir, daß zur Eintreibung der Abgaben nicht das Personal eines höheren Würdenträgers abgesandt wird. Durch die Statthalter und ihr Personal ist aller Schaden, den die Steuerpflichtigen bei der Eintreibung der Abgaben erleiden, zu ersetzen.“<sup>30</sup> Außerdem befiehlt der Kaiser, daß die Zahlung der Abgaben an den üblichen Orten und üblichen Zeiten in gehöriger Ordnung vor sich zu gehen hat.<sup>31</sup> Sollten Abgabepflichtige bei der Eintreibung der Steuern in Geld oder Naturalien übervorteilt worden sein, so ist die Überzahlung durch denjenigen zurückzuerstatten, der sie sich bedenkenlos angeeignet hat.<sup>32</sup>

An den *Praefectus Praetorio* von Afrika hatte Justinian im Jahre 534 ebenfalls die Forderung gerichtet, die Bewohner der zurückeroberten Provinzen mit größter Sorgfalt zu behandeln und bei den Steuerzahlern die Gebühren wie im ganzen Reich ohne Überschreitung der festgesetzten Beträge einzuziehen.<sup>33</sup>

Am Schluß der an Belisar gerichteten Verfügung werden das jährlich zu verabreichende exakte Gehalt und die einzelnen Rationen für die in Afrika stationierten Heerführer und deren Beamte fixiert.

Es fällt auf, daß bei dieser ebenfalls als pragmatische Sanktion bezeichneten Verfügung einige Punkte nicht enthalten sind, die in der „Vigilius-Petition“ eine wichtige Rolle spielen, wobei eben doch daran zu denken ist, daß es sich bei der „Belisar-Verfügung“ um die provisorische militärische Organisation Afrikas handelte, das nach reichlich 100 Jahren Vandalenherrschaft den Händen der Vandalen entrissen worden war. So wird nichts gesagt über die Ungültigkeit der von den Vandalen erlassenen Verordnungen, denn man hätte den römerfeindlichen Gelimer, der den römerfreundlichen Hilderich gestürzt hatte, doch wohl erwähnen können. In der an Belisar gerichteten Verordnung wird darüber nichts ausgesagt, daß durch die Kriegswirren verlorengegangene Urkunden den rechtmäßigen Eigentümer keinen Schaden bringen sollen und daß entweder eigenmächtig oder auf Befehl eines anderen okkupiertes Eigentum eines Abwesenden ihm bei seiner Rückkehr oder auch seinen Erben ohne Aufschub wieder zurückerstattet

<sup>28</sup> Cod. Just. 1, 27, 2, 4—9.

<sup>29</sup> Cod. Just. 1, 27, 2, 11.

<sup>30</sup> Const. 7, Cap. 9.

<sup>31</sup> Const. 7, Cap. 10.

<sup>32</sup> Const. 7, Cap. 14.

<sup>33</sup> Cod. Just. 1, 27, 1, 5.

werden soll, wie es in der „Vigilius-Petition“ heißt.<sup>34</sup> Im § 12 dieser *sanctio pragmatica* wird davon gesprochen, daß die Provinzstatthalter und andere Beamte durch die Bischöfe und Primaten eines jeden Bezirkes auszuwählen sind, die an Belisar gerichtete Verordnung enthält davon nichts, da sie sich eben doch im wesentlichen mit militärischen und unmittelbar nach der Rückeroberung auftretenden Problemen befaßt. In der „Belisar-Verfügung“ ist auch nichts darüber, wie im § 15 der *sanctio pragmatica* gesagt, daß bei Ehen, die zwischen Sklaven und freien Frauen bzw. zwischen Sklavinnen und Freien geschlossen worden sind, die freien Personen sich zur Trennung entschließen sollen, während Sklaven und Sklavinnen bei ihrer Herrschaft zu bleiben haben. Falls freie Frauen ihre Ehen mit Sklaven aufrechterhalten, sollen die Kinder dem Zustand der Mutter folgen. Die aus der Verbindung von Sklavinnen mit freien Männern geborenen Kinder sind auch in Zukunft Sklaven.<sup>35</sup> Die Sklavereigesellschaft mit ihren alten, längst erstarrten Formen sollte eben unter allen Umständen aufrechterhalten bzw. restauriert werden, da man den Gang der Geschichte, die längst auf den Feudalismus hin tendierte, aufzuhalten versuchte. Andere Probleme werden ebenfalls nicht in der Belisar übermittelten kaiserlichen Verfügung genannt, die in der *sanctio pragmatica pro petitione Vigili* behandelt werden. Dort wird die Heirat zwischen Männern und Frauen, die einen geistlichen Stand haben, verboten, wobei das evtl. gegebene Heiratsgut den Kirchen oder Klöstern zu übergeben ist.<sup>36</sup> Weiter ist in der „Vigilius-Petition“ die Verfügung enthalten, daß die Abgabepflichtigen nicht bei der Ablieferung der Naturalien belästigt werden dürfen und die Naturalien und Gelder in den Maßen und Gewichten gegeben und genommen werden müssen, die vom Kaiser gegenüber Senat und Papst fixiert wurden. Die mit dem Bild alter Kaiser ausgeprägten Goldstücke sollen in allen Provinzen ohne Verlust durch Veränderungen des Münzfußes gelten. Wer sich unterstanden hatte, durch Verminderung des Wertes der Goldstücke jemandem einen Schaden zuzufügen, mußte auf jedes Goldstück noch einmal soviel entrichten.<sup>37</sup> Weiter hatte Justinian verfügt, daß bei Entfernung von Hauschmuck oder Baumaterial diese Dinge den alten Eigentümern zurückzugeben sind. Hatte der Betreffende die unrechtmäßig entfernten Gegenstände ein-oder irgendwie verbaut, mußte der dafür anzusetzende Preis bezahlt werden.<sup>38</sup> All diese genannten Aspekte sind in der an Belisar gerichteten *sanctio pragmatica* nicht genannt.

Weitere Vergleiche können an dieser Stelle nicht gezogen werden. Während der *sanctio pragmatica pro petitione Vigili* mit ihrem restaurativen, die alte Sklavereigesellschaft wiederherstellenden Charakter keine lange Lebensdauer beschieden war, da die Langobarden 568 durch die östlichen Alpenpässe nach Italien hereinbrachen, blieb das justinianische Recht in Nordafrika bis zum Einfall der Araber am Ende des 7. Jh. bestehen.

<sup>34</sup> Const. 7, Cap. 5.

<sup>35</sup> Const. 7, Cap. 15.

<sup>36</sup> Const. 7, Cap. 17.

<sup>37</sup> Const. 7, Cap. 19—20.

<sup>38</sup> Const. 7, Cap. 21.



## **Epistemology and Methodology in the Social Sciences: The Case of Statistical Discipline**

I. The origin of the modern social sciences,<sup>1</sup> from an epistemological point of view, has been an extremely complex and difficult process. In the history of these sciences, there is certainly no lack of tentative interpretations emanating from the history or sociology of science or even — although less frequently — from philosophy or epistemology itself. In spite of these efforts, however, our knowledge in this field has remained limited. Consequently, this paper is not intended to provide a kind of general synthesis relating to epistemological and methodological problems of the statistical discipline; rather, the aim is to raise some of the fundamental questions that arose during the formation of this discipline. The development of statistics as a discipline which has taken just over 300 years represents a scientific history which exceeds and precedes that of modern sociology itself. In our opinion, the course of development covered by statistics in its scientific history and especially its rivalry with modern scientific sociology in the 19th century provides interesting parallels; and even an inventory of its epistemological and methodological problems can yield examples illustrative not only of sociology, but of the social sciences in general.

II. The formation of modern statistics was closely linked with the birth of modern capitalism.<sup>2</sup> The latter was superimposed on the dissolution of small economic units which were self-sufficient and feudal in character and the dissolution of the social framework including the administration of medieval society. The advent of capitalism gave rise to bigger economic units, new classes and big, centralized states, and the mass phenomena which were emerging became increasingly inaccessible by the traditional sciences and disciplines. This difficulty and at the same time this necessity led to the emergence at around 1660 of the first two versions of the new discipline of statistics, the Political Arithmetics<sup>3</sup> in England and the "Staatenkunde"<sup>4</sup> in Ger-

<sup>1</sup> MARX, K.: *Theorien über den Mehrwert*, Stuttgart, 1905, Vol. 1, p. 2 and note 1). The manuscript of this paper dates from 1861 and 1863.

<sup>2</sup> Ibid. in the same sense.

<sup>3</sup> HORVÁTH, R. A.: *Essays in Political Arithmetics and Smithanism*, Acta Universitatis Szegediensis, Juridica et Politica, Vol. XXV. Fasc. 4, Szeged, 1978. (Monograph)

<sup>4</sup> By the SAME AUTHOR: *Le Développement de l'Ecole de Statistique Allemande*, Acta Univ., Szegediens., Jur. et Pol., Vol. XXVIII. Fasc. 2., Szeged, 1981. (Monograph)

many, both on a socio-scientific basis since their primary aim was the explication of the new economic, demographic, social and political realities.

One of the most famous analysts of economics, Joseph Alois SCHUMPETER, in rewriting the history of economic thought under the methodological aspect of the development of economic analysis,<sup>5</sup> underlined the triple condition of the formation and establishment of all new social sciences, namely that every new science must find its own subject and its own method so that it can be distinguished from all other sciences and, thirdly as SCHUMPETER insisted, there must be some form of self-identification, that is to say, it should express its diversity by way of a specific and unique designation. It seems clear, however, that besides this third condition — that of underlining the „*differencia specifica*” vis-à-vis the other sciences or disciplines — there is a fourth, essential requirement which orients every new discipline in the opposite direction, that is to say, toward establishing its „*genus proximum*”, its relation with the other sciences in the final interpretation and explanation of its system of paradigms and in the conclusions resulting from it, established by the new discipline.

This is what is generally called the „scientific theory” of the new discipline which is closely linked not only with fundamental questions including method and subject, but also with the neighbouring disciplines and at the same time with the fundamental problems that occur in all sciences — to put it briefly, with philosophy and epistemology proper, and with the theory of knowledge.

III. When comparing the first two versions of the statistical discipline mentioned above with the insights manifest in the conditions established by SCHUMPETER, one finds, in their parallel development, differences and coincidences which are both characteristic and instructive. The delimitation of the subject seems to be considerable; but this difference is more imaginary than real on the basis of a profound analysis — while that which presents itself in the area of methodology remains wholly fundamental in character. The method of political arithmetics was already quite similar to the future discipline of unified statistics which developed from the activities of QUETELET in the 19th century and, in turn, the method of the description of the States could not yet separate from the methods of medieval philosophy.

As far as the questions of the new statistical disciplines are concerned, the political arithmetics has found the latter within the framework of the new mass phenomena of emerging English capitalism, by the investigation of phenomena and characteristics relating to population, in particular mortality, and by the economic life, consumption, foreign trade, production, budgetary and monetary policy and, at the same time, by the problems of a new society which was developing around these phenomena. The political arithmeticians were interested in the state only as the political organisation of the new society in the form of a national and centralized state which promoted colonization as well as commercial wars, that is to say the most powerful sources of the accumulation of capital and wealth in this particular respect. Thus, the political arithmeticians were also confronted with the question of „*par excellence*” of descriptive statistics, i. e., the question of the comparison of rival

<sup>5</sup> SCHUMPETER, J. A.: History of Economic Analysis, Edited from manuscript by BOODY-SCHUMPETER, E., 3rd Ed., New York, 1959, p. 242.

states in terms of their wealth, their power, and all their strengths and weaknesses to enable an estimation of national potential in the competition of great powers, established or potential.

The concept of the description of the German States established by CONRING, which emerged at the same time, referred only to the most important European States, not in order to study their rivalries, but to describe their stage of development. Since the development of capitalist economy in Central Europe was considerably lagging behind and capitalist society had yet to be born, the absolutist enlightened State was the sole agent of the imposed capitalist transformation, and it is understandable that this centralized and powerful organization completely stifled the imagination of the descriptive statisticians. As to their method, it took a long time to separate from late medieval philosophy as represented by Aristotelianism which was firmly rooted in the German universities. Initially — and this is a crucial point — the description did not use figures, only qualitative, comparative and superlative terms, stating that such and such a State was "sparsely populated", "more populated", or "densely populated" and the same method was practised in comparing other characteristics, resources and so on. This method — as I have recently shown — had not yet detached itself from the universality of the medieval scientific method, and it hardly differed from the descriptive method of the natural sciences despite its subject which was clearly social.<sup>6</sup>

In order to arrive at the quantitative method, that is to say, using figures in the explanation of social realities, nearly a century of development was necessary within this branch of the statistical discipline in Germany. It was only the founder of the more developed description of States, Professor ACHENWALL of Göttingen, who initiated this development in 1749; but the process was not brought to a conclusion until half a century later, around the turn of the 18th and 19th centuries. His successor, Professor SCHLÖZER, finally recognized the identity of this method with that of political arithmetics. I have already shown that the realization of this great change was facilitated for ACHENWALL by the pioneering work of Professor SCHMEIZEL, his predecessor<sup>7</sup> — but, what is more interesting — I have also found that even the founder and pioneer of political arithmetics, PETTY, was not without knowledge of this rival concept, that is to say, the description of States. The proof of this is, no doubt, the definition of his method which was quite new and going back to the 1670s, and containing the basic constituents of "the" future statistical method. It should be noted that he did not only define this method in positive terms — but also contrasted it with the method of the description of States, when PETTY wrote in his "Political Arithmetick" that: „The method I take to do this, is not yet very usual; for instead of using *only comparative or superlative words, and intellectual arguments*, [underlined by the author of the present essay] I have taken the course (as a specimen of political arithmetick I have long

<sup>6</sup> HORVATH, R. A.: Aux Sources de la Statistique Allemande, Annales de Démographie Historique, 1979, pp. 157 and further — and by the SAME AUTHOR: Linné et Schlözer — Some new Aspects of the Critique of the Descriptive Statistical School, Statisztikai Szemle, 1978, No. 10, pp. 1018 ff. (In Hungarian with summaries in Russian and English.)

<sup>7</sup> BY THE SAME AUTHOR: An unpublished manuscript of (Körösy on Martin Schmeizel, Demográfia, 1970, No. 1—2, pp. 86ff. In Hungarian with English summary.

aimed at) to express myself in terms of *number, weight, or measure* [underlined by PETTY]; to use only arguments of sense and to consider only such causes, as have visible foundations in nature, etc., etc."<sup>8</sup>

One has to acknowledge the perspicacity of this ingenious and precise parallel from the point of view of method and epistemology, confronted with the late medieval scholasticism in its version represented by CONRING.

It should be noted that this fundamental difference between the specific method of the two new branches of the statistical discipline becomes even wider, if one takes into account a traditional element of the methodology which PETTY in his above definition simply ignored. I am referring to the pioneering use of probability calculus in political arithmetics, a major innovation which in the last decade of the 17th century existed within this current, represented by the smoothing of data on a probabilistic basis by HALLEY who worked out the famous life table. Two decades later, by way of an inversion of the theorem of JACQUES BERNOULLI, the political arithmeticians were able to apply the law of large numbers in the statistical estimation of large entities with a law of unknown distribution. Even so, the possibilities which were opened up by this field of mathematical science and its application in statistics were not exploited in a systematical and deliberate manner until the rise of the first *Grande Ecole Française des Probabilités* — as represented by LAPLACE, FOURIER and POISSON — and their famous astronomer student who later became a statistician, QUETELET.<sup>9</sup>

We still have to look at the problem of self-identification of the two versions of the statistical discipline — how it is reflected in the denomination of the two parallel branches. It seems that their social orientation was without ambiguity — a fact which also follows from the terms used to define these twin disciplines. During his initial doubts — while trying to designate the new discipline of which he considered himself the founder — PETTY tried to capture its nature by the term of "political anatomy". According to him, it represented the skeleton of a new economic and social system. Eventually he changed his mind and firmly introduced the term of "political arithmetics", a term which at the same time denotes the specific method of this discipline: the political arithmetics analyses real phenomena whereas mathematical arithmetics involves imaginary entities. Thus, PETTY has incorporated this discipline into the emerging social sciences and most specifically into that science which has become the most important one since MACHIAVELLI, political science.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> The Economic Writings of Sir William Petty, Edited by HULL, C. H., Reprints of Economic Classics, New York, 1967, and HORVATH, R. A.: The Contribution of Netherlandish Thinking to the Formation of Statistics as an Autonomous Discipline, Proceedings of the 36th Session of the International Institute of Statistics, Syney, 1967, Vol. XLII, 2nd. Ed., 710 ff. with a Summary in French.

<sup>9</sup> HORVATH, R. A.: Quetelet et la Statistique et son Epoque Acta Univ. Szegediens., Jur. et Pol., Vol. XXIII, Fasc. 3, Szeged, 1976, (Monograph)

<sup>10</sup> BY THE SAME AUTHOR: The Centenary of the "Capital" of Marx and the Statistical Science, Statisztikai Szemle, 1967, No. 1080ff., and especially 1089ff. with reference to MARX, K.: Critique of Political Economy, written in 1859, where he is considering PETTY both as founder of the modern Political Economy and Statistics. (In Hungarian with Russian and English summaries.)

In his version of German descriptive statistics CONRING used the Latin expression "Notitia Rerum Publicarum" and then, in the same sense, the German term "Staatenkunde" or "study of States". The importance of the State as institution is already reflected in this definition — which seems to imply and incorporate a methodological position — to know that the method of this new discipline has to be identical with that of the political sciences — that of law or the history of the State, with politics or the philosophy of the State: i.e., with a qualitative, historical, and speculative method in which mass phenomena can only play a subordinate and passive role.

The more developed version of this branch of German descriptive statistics — against the background of the discovery of the importance of figures in the emergence of new mass phenomena in a State — came to be known under a general term, and used in the universities where the courses of this new discipline were called "vulgo statistica." The term which was invented by ACHENWALL was derived both from the Italian word "lo stato" and the German word "Staat", and for some time took the more general form of "Statistik." These designations of the description of States — and this is common knowledge — were always both designations of the "subject" and the "discipline." For this reason, another German designation was also in use at the time of ACHENWALL — the word "Staatsverfassung" of the States or empires. In a strict sense, this expression designated the system of the constitutional law of the State; but in a wider sense, adopted by the cameralists, it came to be used for designating the structure of the State, i.e., complete with its administrative and financial laws as well as its economic, demographic, and social structure.

This term "Verfassung" — if one does not confine it to the State and includes within it an entire society — is identical with PETTY's political anatomy and pointing at the same time to the growing convergence of the two branches of the statistical discipline in the second half of the 18th century. SCHLÖZER's famous late medieval formula deliberately linked the economic, demographic, and social resources — "Vires" — to the constitutional system — "Unitae" — and to the administrative system — "Agunt." This third part of the description of the State which was extended to cover an entire capitalist society was the exclusive subject of QUETELET's statistical discipline after he had abandoned the two other parts which were of a more legal nature, the legal constitution and the state administration.<sup>11</sup>

The Göttingen School, which constituted a real "school" or "sect" in the physiocratic sense of the word, has additionally contributed to the scientific establishment of the statistical discipline by elaborating and delineating the place occupied by it in the system of sciences which were established during the second half of the 18th century. The result was identical with the views of PETTY on this point. Notably ACHENWALL as much as SCHLÖZER later on, regarded the more developed and numerical version of the description of states as a discipline of practical politics — an "ars" rather than a "scientia politica." It is this discipline, which makes it possible to survey the present State and the structure of mass phenomena and furnishes a deepened knowledge of the State from an economic, demographic and social point of view. It follows that the development of principles and theoretical theses of political

<sup>11</sup> BY THE SAME AUTHOR: op. cit. under 4).

science is impossible without it or, at least, remains remote from social reality. If, in line with this thinking — "statistics" only designate that part of the discipline of "practical politics" which, above all, utilizes the numerical method in the social sciences, it establishes — at least in principle — the identity of this current and the Political Arithmetics as used by PETTY. The consequences of this development, i. e., the convergence of the two branches of statistics, were acknowledged by QUETELET only two decades later, and this marked the beginning of a new period in the history of statistics — not without important repercussions on epistemology in general.

IV. As an astronomer, QUETELET began his statistical activities under the influence of the Grande Ecole Française des Probabilités and, in this way, he turned to the social sciences and became the founder, the "father" of the modern and unified statistical discipline. His scientific preoccupations, however, remained mathematics and physics — which is further illustrated by his only essay on a subject of scientific history, i. e., the development of these two disciplines in the Netherlands. QUETELET has incorporated into this mathematical science as applied to society, what he considered to be „the" modern statistics, the entire tradition of political arithmetics and probability calculus as well as the valid results of the German "Staatenkunde". The latter were reinforced by the practice of statistical offices which were introduced by Napoléon around the turn of the 18th and 19th centuries and benefited from the pioneers of statistics in France half-way between Political Arithmetics and the German description of States.<sup>12</sup> In these offices, which were a kind of statistical manufacture, the procedures of compilation and elaboration of the statistical material as well as the methods of elementary calculations were developed and formed the basis of a technique which facilitated the building of an infrastructure of scientific tenets. This task was also accomplished by QUETELET who was one of the experts in the official statistical service of his country, the Netherlands, and later Belgium.

It was QUETELET who, in 1835, carried away with a real "statistical enthusiasm"<sup>13</sup> developed the first version of the method of this modern discipline under the title "Sur l'Homme et le Développement de ses Facultés ou Physique Sociale." In this work, as far as methodology is concerned, the amalgamation of the application of probability calculus and modern statistical technique — suited for collecting and processing a large quantity of reliable material handled by the official statistical services — was present in its essential form. A methodological exposé, however, was published by QUETELET only in 1846 in a monograph entitled "Lettres sur la Théorie de la Probabilité Appliquée aux Sciences Morales et Politiques". In this work, the founder of the modern statistical discipline has taken pains to describe the role of probability calculus or, more precisely, of the law of large numbers in the identification of collective characteristics of "human" faculties — representing "the population" and not "the individual."

According to his thinking, these characteristics derive from physical and

<sup>12</sup> BY THE SAME AUTHOR: The Development of Statistics in France with special regard to Hungarian Statistics, Acta Univ. Szegediens., Jur. et Pol., Vol. XIV, Fasc. 4, Szeged, 1967. (Monograph in Hungarian and summaries in French and English)

<sup>13</sup> Expression used by WESTERGAARD, H.: Contributions to the History of Statistics, London, 1932.

social regularities which are named "general causes" in the context of which the effect of individual acts is neutralized and effaced as a result of "aleatory causes." The result implies a determinism in the "social body" and allows the free-will to play a role only within the individual sphere. In my essays which focus on the personality and works of QUETELET, I have taken trouble to show that in the methodological conception of QUETELET, the supposition that all the distributions in sufficiently large numbers and all sample errors which are more or less representative converge toward the normal law, was not exclusive, despite the fact that his epigones have interpreted the application of this law rather in this mistaken direction.<sup>14</sup>

A recent article on this subject has underlined the ambiguous nature of QUETELET's work, even in the second edition of "Physique Sociale"<sup>15</sup> which, to be fair, was mainly due to a crisis brought on by a stroke in 1855 and to QUETELET's scientific outlook, which remained practically unchanged from that time on. The same unfinished character can be discerned about QUETELET's work in relation to the subject and theory of the new, modern statistical discipline, which, even during QUETELET's lifetime, provoked heated controversies, especially over a new rival science which was baptized "sociology" by COMTE. It is a known fact that the latter had the intention to call this scientific system "Physique Sociale" and that, after the publication of QUETELET's work in 1835, he felt obliged to change his original idea.<sup>16</sup> QUETELET made a considerable effort to give a precise definition of the subject and the theory of that super-science of man, the structure of which had in some way to replace the social theory of modern statistics which was still showing deficiencies. The result was his essay "Du Système Social et des Lois qui le régissent", published in 1848. The theme was the whole of mankind with all its physical or demographic — and moral — faculties, in the sense of the moral or social sciences, as well as its intellectual, i.e., philosophical faculties. Thus, his theory led to the establishment of his new quantitative social laws, despite the fact that QUETELET was aware that imponderabilia existed which defied the utilization of this method. He was resolved, however, to identify "l'anatomie" or "la physique" of the social body with that abstract social "man" whose essential feature was conservation, if not perpetuation, corresponding to the celestial mechanics in the physical world which QUETELET also observed scientifically in his capacity as an astronomer. It remained up to future statisticians to consider this conception which was both too ambitious and too confused, and decide how to develop the major areas of statistics and how to classify it within the scientific system so as to make clear its double nature — at the same time firmly attached to the social sciences, but progressing steadily toward a universal method — with severe epistemological consequences.

Before going into this further phase of development of the modern statistical discipline, it seems opportune, at this stage of my paper, to underline

<sup>14</sup> HORVATH, op. cit. under 9).

<sup>15</sup> LÉVY, P. M.: Quetelet et la Sociologie Contemporaine: l'Illusion Mathématique, *Mémorial Adolphe Quetelet*, No. 4, Adolphe Quetelet 1796—1874, Contribution en Hommage à son Rôle de Sociologue, Bruxelles, 1977, 100ff.

<sup>16</sup> FREUND, J.: Quetelet et Comte, *ibid.* pp. 46ff. especially pp. 48ff. — and Adolphe Quetelet, *l'Oeuvre Sociologique et Démographique*, Choix de Textes par LEBRUN, M., Un Dossier du Centre d'Etudes de la Population et de la Famille, Bruxelles, 1974, pp. 45ff.

that one of the most neglected areas in the scientific and epistemological history has been and still is a comparative analysis of the ideas of QUETELET and COMTE with respect to the differences and agreements of their methodology, the subject and theory of the social supersciences which they conceived in the shape of "Physique Sociale" and "Sociologie," respectively. While there are lucid comparisons from this point of view, between QUETELET and MARX and between COMTE and MARX, we still do not have a comprehensive analysis of the two systems of QUETELET and COMTE from this particular angle, namely that of epistemology. In this context, Raymond ARON writes in his introduction to "Etapas de la Pensée Sociologique" that one can assert, not without solid arguments though, that today's empirical and quantitative sociology "owes more to Le Play and Quetelet than to Montesquieu and Auguste Comte"<sup>17</sup>, and he finds that even the efforts of LAZARSFELD mentioned by him were undertaken by departing from the requirements of sociology rather than from those of statistics.<sup>18</sup> Is it necessary to class the attempt by QUETELET among the "partial" explications of the "totality" of social phenomena, compared with that of COMTE as ARON did in the same work: the ideas of COMTE were "global" according to him and more dogmatic than empirical, thereby excluding the study of social probabilities — perhaps with special regard to QUETELET?<sup>19</sup> The debate on this question can be expected to continue for a long time to come. If one acknowledges, however, — always in line with the interpretation of COMTE's system by ARON — that this author who was both a sociologist and philosopher wanted to synthesize all analytical sciences in a sociological convergence leading to a "sociology of knowledge"<sup>20</sup>, the new elements of the theory of knowledge should be represented in his system and among them those of the new mathematical-statistical logic, by establishing, through this method, a new epistemology which is more universal than social.

It is to this problem that we have to direct our attention before finalizing the first approximation to this subject of vital importance — laying aside the interesting task of establishing numerous convergences between the systems of QUETELET and COMTE which existed despite a fundamental methodological difference and despite the quasi-identity of the subject as well as in spite of a difference in the final interpretation, which was theological rather than scientific, of the theory of knowledge on the part of QUETELET.<sup>21</sup>

V. QUETELET died in 1874 and the development of the statistical discipline during the last one hundred years was marked by a separation between a "mathematical statistics" and statistics known as "non-mathematical" which occurred during the last decades of the 19th century. The protagonists of

<sup>17</sup> ARON, R.: *Les Etapes de la Pensée Sociologique*, Paris, 1967, Introduction, p. 16, — and *ibid.* with reference to LAZARSFELD, P.: *Notes on the History of Quantification in Sociology*, ISIS, Vol. LII, 1961, p. 304ff.

<sup>18</sup> See *op. cit.* under 15), 16), and 17).

<sup>19</sup> ARON, R.: *op. cit.*, p. 120.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 123, — where ARON is referring to the "religion sociologique" of COMTE — which corresponds to the line of the present essay as the one possible extreme, the other one being the position of ÖTTINGEN, A.: *Die Moralstatistik und die christliche Sittenlehre, Versuch einer Sozialethik auf empirischer Grundlage*, Erlangen 1868—73, 3rd. Ed.: *Die Moralstatistik in ihrer Bedeutung für eine Sozialethik*, *ibid.*, 1882.



non-mathematical statistics wanted to retain the socio-scientific character of this discipline and they wanted to prevent the application of highly mathematical methods and probability calculus which had become increasingly complicated. The statisticians who were called mathematical have developed them to a growing extent in the areas of scientific application — whether in the social or natural sciences, such as in demography and agriculture, — but particularly in the pure sciences — natural or exact — such as experimental and theoretical physics or pure mathematics. The law of TCHEBITSCHEFF formulated in 1867<sup>22</sup>, with its more general interpretation of the law of large numbers, facilitated the birth and the triumphant advance of the sampling method which became important in political economy and American sociology.

Toward the end of the last century, in 1898, BORTKIEWITZ formulated the law of small numbers which marked the beginning of the objective interpretation of probabilities and of the reformulation of the law of large numbers by LAPUNOV on this basis.<sup>23</sup> The verification of this achievement was impossible before the era of computers but it already exerted a decisive influence on the methodology in the mathematical statistics between the two Wars, and especially after the Second World War. A first application of "statistical laws" in the physical sciences by PLANCK, in 1918, followed immediately in the still theoretical research on quanta, but shortly after, when it had reached the experimental stage, it successfully led to atomic research.<sup>24</sup> This single example demonstrates "ad oculos" the immense importance of mathematical-statistical methods leading to the actual state of our knowledge. The concept of "stability" even in the exact sciences was thus overturned. This decisive step in statistics was already taken toward the last decade at the 19th century when PEARSON established the seven basic types of statistical distributions where normal distribution was only a special case among others. With their interferences and multiple combinations, the extraordinary variety of the universe of statistical masses became manifest and became also one of the generating forces of the development of statistical and mathematical methods, aiming at the treatment of the interdependence, either aleatory or causal. The explosion of the correlation theory was only one aspect of this development, the variety required an increasingly rapid analysis of continuity in time and its modeling by simplified schemes or models.

However, the statistical models of reality showed themselves to be increasingly complicated as their investigation became more thorough. Thus, toward the end of the twenties, a double-faced discipline was created, half-way between statistics and political economy under the name of "econometrics" which preferred to utilize increasingly dynamic and more advanced statistical and mathematical methods containing an increasing number of variables. Even the structure and the dynamics of causality were modelled, the most famous example of which were the MARKOV chains. A similar development took place in demography after the Second World War and the outcome is known as "pure demography" or "démometrie."<sup>25</sup>

<sup>22</sup> HEYDE, C. C. — SENETA, E.: J. J. Bienaymé, Statistical Theory Anticipated, New York — Heidelberg — Berlin, 1977.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> PLANCK, M.: Akademische Aussprachen, Göttingen, 1948. with a cumulative list of his publications.

<sup>25</sup> WINKLER, W.: Demometrie, Berlin, 1969, pp. 20ff.

At the same time, an important development occurred in the area of subjective probability. The students of BAYES in the 20th century, by the extension of his theory, paved the way for the formation of the so-called "Bayesian statistics" which provided the basis of a decision-making theory which in turn has enriched statistical methodology.<sup>26</sup>

The results of the development of mathematical statistics — a development which at the same time accelerated and grew in its dimension — have led to a situation in which it is almost impossible, even for specialists, to grasp its current complex state. Old and new ideas and methods have been interchanged and mixed to such an extent that the scientific constructions which have resulted from them are becoming more and more sophisticated. The growing utilization of computers and the particular problems involved in this have multiplied the theoretical and practical questions relating to the use of these new methods.

VI. However, instead of losing ourselves in details, the most important epistemological consequences should, at least briefly, be recalled to mind. The most significant of them is certainly the growing difficulty of interpreting the results of current computations and statistical methods, both partial or global. These difficulties are multiplied in case of analysis of a social science subject whose nature — sometimes almost intractable — today troubles even high-powered statisticians. We shall only mention two well-known names, MORGENSTERN and JOHN NEUMANN.<sup>27</sup> Their line of thinking which they represented in statistical epistemology, pure as well as economic, was followed up in demographic statistics by HAUSER, DUNCAN and SPENGLER.<sup>28</sup>

The doubts and efforts shown by numerous experts have led directly to the recognition of the importance to be attached to the problems of the theory of statistical knowledge and of epistemology on the one hand, and that of the inevitableness of an ultimate interpretation of all statistical knowledge from the point of view of the social sciences on the other. This ultimate double-faced character of all statistical knowledge — apart from its "pure" or proper epistemological methodological character — still exists and is inseparably linked with the "political" nature of all human knowledge in connection with the social body. Thus, it is no coincidence that recently there have been a growing number of voices in this direction, in the most developed mathematical statistics, that of the United States, as for instance is expressed by KISH of the American Statistical Association in his presidential address, or the views of CHOUCRI — as concerns the demographical statistics.<sup>29</sup>

VII. The importance of statistical epistemology as well as the general idea behind this brief essay is not only shared by today's sociologists following the

<sup>26</sup> HOULÉ, A.: *L'Arbre Généalogique des Bayésiens*, Special Document No. 81—105 of Laval University, Québec, 1981 pp. 7ff.

<sup>27</sup> MORGENSTERN, O.: *On the Accuracy of Economic Observations* 2nd Ed., Princeton, 1963 — v. NEUMANN, J.: *Collected Works*, I—VI, London — New York, 1963.

<sup>28</sup> HAUSER, Ph. M. — DUNCAN, O. D.: *The Nature of Demography, The Study of Population*, Edited by HAUSER, Ph. M. and DUNCAN, O. D., Chicago, 1959, pp. 29ff. and SPENGLER, J. J.: *Economics and Demography*, *ibid.*, pp. 791ff.

<sup>29</sup> KISH, L.: *Chance, Statistics and Statisticians*, Presidential Address, *Journal of the American Statistical Association*, 1978, No. 371, pp. 1ff and CHOUCRI, N.: *Political Implication of Population Dynamics*, *World Population Plan of Action*, Vol. II, New York, U. N., 1975, Part 9, pp. 606ff.

pioneering activities of LAZARFELD and others<sup>30</sup>, but is particularly felt in the world of university teaching in many countries. The conviction is gaining ground that the teaching of statistics, as a method of knowledge and thought, is indispensable to the understanding of a world full of mass and probabilistic phenomena in which we are now living nearing the end of the 20th century. This knowledge is indispensable, not only on the level of advanced and specialized teaching, but also on the secondary and general and even primary levels. This requirement is a realistic one and, in adopting it, "a fortiori" an extra scientific effort will have to be made for the clarification and establishment of a coherent system of statistical methods as an integral part of the theory of knowledge, be it philosophical, mathematical and "pure", be it social or "political" in its connections with the epistemology of the general or specialized social sciences — among them sociology in particular.

Only a profound understanding acquired at all levels of teaching can bring about a recognition of the fundamental dualism of our world and existence which is full of interdependence of causal and aleatory phenomena, resulting in a complex "game" of chance and human willpower, in one word: in life itself.

<sup>30</sup> See also: Mathematical Thinking in the Social Sciences, Edited by LAZARFELD, P. F., 2nd rev. Ed., Glencoe, 1955, — and STONE, R.: Mathematics in the Social Sciences and other Essays, London, 1966.



## Utopia = Athos?

Die Epoche der frühbürgerlichen Revolution, durch Geistesbewegungen wie Renaissance, Humanismus, Reformation gekennzeichnet, stellte in ihrem Bemühen, den mediävalen Universalismus zu überwinden, mit allem Nachdruck die Frage nach Wesen und Funktion des (bürgerlichen) Staates; sie knüpfte dabei an das antike Staatsdenken an, dessen literarischer Niederschlag in ebenjener Epoche neu zugänglich geworden war. Es ist darum kein Zufall, daß Niccoló Machiavellis „Il principe“ die „Institutio principis Christiani“ des Desiderius Erasmus, Luthers Sendbrief an den christlichen Adel deutscher Nation von des christlichen Standes Besserung und last not least des Thomas Morus „Utopia“ unabhängig voneinander etwa zur selben Zeit entstanden.<sup>1</sup>

Thomas More, latinisiert Thomas Morus (1478—1535), der durch sein literarisches Oeuvre der angesehenste unter den englischen Humanisten geworden ist, war der Sohn eines Londoner Richters; er erwarb sich eine umfassende Bildung, die ihm die Wertschätzung des Erasmus eintrug, und ließ sich in seiner Vaterstadt als Anwalt nieder<sup>2</sup>. Bald wurde er Mitglied des Parlaments und zu handelspolitischen Missionen im Ausland verwendet; 1518 trat er in den englischen Staatsdienst, in dem er es bis zum höchsten Beamten, bis zum Lordkanzler, brachte. Katholisch geblieben — auch in seiner asketischen Grundhaltung — kam More allmählich in Gegensatz zu seinem vormaligen Förderer, König Heinrich VIII., und bezahlte seine Opposition mit dem Tode.

Der Humanist More übersetzte den Lukian ins Lateinische und verfaßte in lateinischer Sprache Epigramme; Nachwirkung erzielte er indes allein durch seine staatsphilosophische Schrift „De optimo statu rei publicae deque nova insula Utopia“, die 1516 im Druck erschien<sup>3</sup>. Sie griff die in der Antike durch Platon, Cicero und andere entwickelte Gattung der Staatsschrift — *Περὶ πολιτείας*, *De re publica* — auf und begründete ihrerseits nicht nur den neuzeitlichen Staatsroman, sondern prägte auch den Begriff Utopia, „Nirgendland“<sup>4</sup>. Thomas Mores Veröffentlichung ist an dem generellen Problem der zweckmäßigen Organisation der menschlichen Gesellschaft ebenso interessiert

<sup>1</sup> Beobachtet von Hermann Oncken bei Thomas Morus, *Utopia*, deutsch von Gerhard Ritter, Berlin 1922, 7<sup>a</sup>.

<sup>2</sup> Die Biographie nach Max Beer, *Allgemeine Geschichte des Sozialismus und der sozialen Kämpfe*, 7. Aufl. von Hermann Dunker, Berlin 1931, 315 ff.

<sup>3</sup> Zum Bibliographischen vgl. Trillitzsch bei Johannes Irmischer, *Lexikon der Antike*, 5. Aufl. Leipzig 1982, 365.

<sup>4</sup> Renate Johné bei Irmischer a.a.O. 589 f.

wie an speziellen Notwendigkeiten der englischen Ökonomie in der Epoche der frühbürgerlichen Revolution. Sie zerfällt in zwei Bücher, von denen das erste die sozialen Gebrechen des dem Verfasser zeitgenössischen Englands kritisiert und das zweite das solcher Gebrechen bare, vollkommene Land Utopia schildert<sup>5</sup>. Ganz im Sinne der platonischen Tradition erfolgt die Darstellung in Dialogform. Auf Inhalte, Ziele und Wirkungen der „Utopia“ kann hier nicht eingegangen werden; verwiesen sei dafür neben anderem auf das klassisch zu nennende Werk von Karl Kautsky<sup>6</sup>, auf die Darstellung von Max Beer<sup>7</sup>, auf die bemerkenswerte Biographie von Karl Sturm<sup>8</sup>. Was uns hier vornehmlich interessiert, ist Mores Lokalisierung des Landes Utopien.

Die früheren Kommentatoren sind unwidersprochen davon ausgegangen, daß eine in England geschriebene, auf die Verbesserung der englischen Verhältnisse orientierte Staatsschrift in ihren Zukunftsentwicklungen vorwegnehmenden Teilen die geographischen Bezüge selbstredend in England lokalisierte.<sup>9</sup> In diesem scheinbar einmütigen Chorus erhob indes schon vor längerem der Experte für die Kunst der Athosklöster, Heinrich Brockhaus<sup>10</sup>, seine Stimme, indem er das Land Utopien mit dem heiligen Berg Athos gleichsetzten wollte.<sup>11</sup> Brockhaus These hat zwar sehr rasch Widerspruch gefunden,<sup>12</sup> sie ist dennoch auch heute noch lebendig,<sup>13</sup> so daß es vielleicht nicht unnütz ist, erneut darauf zurückzukommen.

Brockhaus betonte den religiösen Charakter der „Utopia“. Das könnte man konzedieren, wenn man davon ausgeht, daß sich in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts faktisch jede politische Äußerung irgendwie in religiöses Gewand kleidete. Für die nächsten Überlegungen von Heinrich Brockhaus, daß Mores Schrift als Memorandum für das seit 1512 tagende Laterankonzil gedient habe, soweit dieses auf eine innere Festigung des Kirchenstaates gerichtet war,<sup>14</sup> fehlt dagegen jedwedes Testimonium. Daß andererseits Themen, welche das Konzil erörterte,<sup>15</sup> auch bei More anklangen, ist wohl kaum verwunderlich; es waren eben die aktuellen Fragen der Zeit, an denen weder Politiker noch Theologen vorübergehen konnten. Schwerer wiegt schon die Tatsache, daß More seine Utopier von den Griechen abstammen läßt: „Suspitor enim eam gentem a Graecis originem duxisse, propterea quod sermo illorum, caetera fere Persicus, nonnulla Graeci sermonis vestigia servet in urbium ac magistratuum vocabulis“ (2, 6)<sup>16</sup> — „Übrigens vermute ich, daß dieses Volk seinen Ursprung bei den Griechen hat, und vermute das deshalb, weil seine Sprache, die ansonsten fast persisch klingt, in Bezeichnungen von Städten

<sup>5</sup> Ähnlich Beer a.a.O. 316 f.

<sup>6</sup> Karl Kautsky, Thomas More und seine Utopia, Nachdruck Berlin 1947.

<sup>7</sup> Beer a.a.O. 317 ff.

<sup>8</sup> Karl Sturm, Thomas Morus, Berlin 1948.

<sup>9</sup> In diesem Sinne kommentierte Ritter das zweite Buch a.a.O. 42 ff. Auch die Tradition der englischen Utopie (so das Buch von A. L. Morton, Die englische Utopie, deutsch von Ruth Hodgetts, Berlin 1958) gehört in diesen Zusammenhang.

<sup>10</sup> Der Große Brockhaus, 3, Leipzig 1929, 362.

<sup>11</sup> Heinrich Brockhaus, Die Utopia — Schrift des Thomas Morus, Leipzig 1929, passim, bes. 2.

<sup>12</sup> Michael Freund, Historische Zeitschrift 142, 1930, 276 ff.

<sup>13</sup> Johne a.a.O. 589 und ebd. Ditten S. 70.

<sup>14</sup> Brockhaus a.a.O. 5 ff.

<sup>15</sup> Brockhaus a.a.O. 7.

<sup>16</sup> Sir Thomas More, The Utopia, ed. J. H. Lupton, Oxford 1895, 214.

und Behörden einige Spuren des Griechischen bewahrt". Darum beeilten sich denn auch die Utopier, von den Ankömmlingen, von denen der Staatsroman erzählt, litterae et disciplina Graecorum zu erlernen<sup>17</sup>, und machten angesichts ihrer Docilitas<sup>18</sup> dabei bewundernswerte Fortschritte. Auch wurden sie dank der Hilfe ihrer Gäste mit dem Grundstock jener altgriechischen Schriften bekannt, die 1516 bereits im Druck vorlagen:<sup>19</sup> „Platonis opera pleraque, Aristotelis plura, Theophrastum item de plantis". „Ex his qui scripsere grammaticam, Lascarem habent tantum" — nämlich die *Ἐπιτομή τῶν ὀκτῶ τοῦ λόγου μερῶν*, die bereits 1476 in Mailand gedruckte Schulgrammatik des vielseitigen Konstantinos Laskaris (1434—1501).<sup>20</sup> „Nec dictionarium" (= Wörterbücher) „aliquem praeter Hesychium et Dioscoridem, Plutarchi libellos habent carissimos, et Luciani quoque facetiis ac lepore capiuntur. Ex poetis habent Aristophanem, Homerum atque Euripidem, tum Sophoclem", „ex historicis Thucydidem atque Herodotum, necnon Herodianum. Quin in re medica quoque sodalis meus" „advexerat secum parva quaedam Hippocratis opuscula, ac Microtechnen Galeni",<sup>21</sup> d. h. die *Τέχνη ἰατρικὴ*.<sup>22</sup> Allein diese Bücherliste paßt recht wenig auf den Heiligen Berg, dessen Klassikerbestände über Homer, Pindar, Thukydides, Plutarch und Galen nicht weit hinausgingen.<sup>23</sup> Auch unter diesem Aspekt wird sich die Gleichsetzung des Moreschen Utopiens mit dem Athos schwer halten lassen. Und trotzdem ist die von Heinrich Brockhaus aufgestellte Hypothese durchaus nicht unfruchtbar, wie die folgenden Überlegungen zeigen mögen.

Der Berg Athos<sup>24</sup>, auf dem seit dem 9. Jahrhundert Eremiten siedelten, wurde im Laufe langer Zeiträume zu einem Mönchsstaate eigener Prägung, der nicht nur seine Autonomie zu wahren, sondern zugleich ein geistiger und geistlicher Mittelpunkt für Byzanz und, je länger je mehr, über dieses hinaus für die osteuropäisch-slawische Welt zu werden vermochte. Gab es aber nicht auch Einflüsse jener eigenartigen Spiritualität auf die Kirchen, auf Kunst, Kultur und Literatur, auf die Ideenwelt des Westens? Das scheinen uns recht aktuelle Fragen zu sein in einer Zeit, in der gegenüber einer früheren, vornehmlich okzidentalischen Sicht die Zusammengehörigkeit Europas und die wechselseitige Befruchtung seiner Teile bereits in der Feudalepoche zunehmend deutlicher werden.

Es trifft gewiß zu, daß die durch die frühbürgerliche Revolution ausgelösten Geistesbewegungen des Westens, abgesehen von der Renaissance-malerei, die seit 1430 unter osmanischer Herrschaft stehenden Athosklöster zunächst ziemlich unberührt ließen.<sup>25</sup> Dagegen blieb der Westen von den Schicksalen, die den Heiligen Berg nach der türkischen Eroberung trafen,

<sup>17</sup> Ed. Lupton a.a.O. 213.

<sup>18</sup> Ed. Lupton a.a.O. 213.

<sup>19</sup> Ritter a.a.O. 78 Anm. 1.

<sup>20</sup> *Tusculum-Lexikon griechischer und lateinischer Autoren des Altertums und des Mittelalters*, 3. Aufl. von Wolfgang Buchwald, Armin Hohlweg, Otto Prinz, München 1982, 464.

<sup>21</sup> Ed. Lupton a.a.O. 215 ff.

<sup>22</sup> Lupton a.a.O. 217 Anm. 1.

<sup>23</sup> Emmanuel Amand de Mendieta, *Mount Athos*, englisch von Michael R. Bruce, Berlin 1972, 246.

<sup>24</sup> Hans-Georg Beck, *Kirche und theologische Literatur im byzantinischen Reich*, München 1959, 218 ff.

<sup>25</sup> Amand de Mendieta a.a.O. 112.

keineswegs unberührt. Kurz vor der Okkupation bereiste der florentinische Erzpriester Buondelmonti den griechischen Archipel bis hin zum Athos und erstattete darüber dem Kardinal Orsini Bericht<sup>26</sup>. Auf dem bereits erwähnten Laterankonzil erschien am 4. Mai 1515 der Erzbischof von Patras und führte bewegte, wiewohl vergebliche Klage über die von den Türken in Thessalien, Makedonien und andernorts verübten Untaten.<sup>27</sup> 1555 erschienen die „Observationes“ des französischen Arztes Pierre Belon im Druck, eine Reisebeschreibung, die auch den Athos einbezog<sup>28</sup>. Und schließlich dürfen die im 16. Jahrhundert recht engen Beziehungen rumänischer Fürsten zu den Athosklöstern<sup>29</sup> nicht übersehen werden, über die unausbleiblich Informationen über die ferne östliche Welt nach Mitteleuropa gelangten. Heinrich Brockhaus hat mit seiner Hypothese, auch wenn diese nicht zu halten ist, eine gewichtige Frage aufgeworfen, der es weiter nachzugehen lohnt.

<sup>26</sup> Brockhaus a.a.O. 29.

<sup>27</sup> Brockhaus a.a.O. 7.

<sup>28</sup> Brockhaus a.a.O. 29 und 82 f.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *Ιωάννης Π. Μαμαλάκης, Τὸ Ἅγιον Ὄρος (Ἄθως) διὰ μέσων τῶν αἰώνων* Thessaloniki 1971, 252 ff.



## Vom *sequestrum* der *legis actiones* bis zum verbindlichen „Gerichtsdeposit“ des Prozeßgegenstandes

### I.

In den *Digesten* finden wir zwei Quellenstellen, die den Begriff des *sequestrum* definieren:

„*Proprie autem in sequestre est depositum quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur*“ (D.16.3.6 Paulus),

und

„*Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt...*“ (D. 50. 16. 110. Modestinus).

Der zeitgenössischen Erklärung nach stamme das Wort *sequester* vom Wort „*sequi*“ ab:

„... *dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos, qui contendunt committitur*“ (D. 50. 16. 110)

Dieser Satz kann verschiedentlich erklärt werden:<sup>1</sup> Der *depositarius* „ist verpflichtet dem Willen der Deponenten zu folgen“ oder „er soll den Willen der prozeßführenden Parteien folgen“. Festus und Servius<sup>2</sup> nehmen auch eine ähnliche Stellung. Die heutigen Juristen und Philologen leiten hingegen die Abstammung des Wortes *sequestrum* vom *secus* (bei, entlang, mit) her. Ihrer Meinung nach weise dieses Wort viel mehr auf das wesentliche Element der *sequestratio*, d.h. auf die Lagerung des bestrittenen Gegenstandes bei einer dritten Person hin. Der *sequester* ist also derjenige, der diesen Gegenstand bei sich hält.<sup>3</sup>

### II.

Es gibt vom Ursprung des *sequestrum* einige Hypothesen, die seine Spuren schon in den Fragmenten des Zwölftafelgesetzes zu entdecken meinen. Andere, den Verfahrenscharakter des *sequestrum* zu Grunde legend, erklären den Sinn des Wortes aus dem Verlauf der *legis actio sacramento* ausgehend.

<sup>1</sup> Broggin, G. (Introduction du *sequester*. In: *Mélanges Philippe Meylan*. Univ. de Lausanne, 1963. I. pp. 43—63) beschäftigt sich eingehend mit der Etymologie des Wortes.

<sup>2</sup> „*Utrumque vocabulus scilicet sequester a sequendo factum est, quod eius, qui electus sit, utraque pars fidem sequatur*“ (Gell. Noct. Att. 20. 11).

<sup>3</sup> Ernout—Meillet; (*Dictionnaire étymologique*. 4. 1959, S. 608—615), *eo quod res secus, id est iuxta sequestrum deponitur*.

<sup>4</sup> Broggin (a.a.O., S. 54—60) faßt den interessanten Standpunkt der der italienischen Fachliteratur zusammen.

Hier hat der *magistratus*, der Gerichtsherr so verfügt: „... *mittite ambo rem (hominem)...*“, d.h.: er ließ die gegenüberstehenden Parteien darauf verzichten, den Prozeßgegenstand in ihrer Gewalt zu haben. So übergang die Macht der Verfügung im ganzen genommen auf den *magistratus*.<sup>5</sup> In Realklagen war dies die allgemeine Lösung: am Anfang des *in iure* Verfahrens wurde die Präsenz des Prozeßgegenstandes verlangt, dann hat diesen der *magistratus* bis zum Ende des Prozesses übernommen und schließlich dem obsiegenden Partei überliefert. Dies geschah natürlich solange die Prozesse innerhalb eines Tages beendet wurden.<sup>6</sup> Die italienische Doktrin leitet den Besitz des *sequester* vom Übergangsbesitz ab, dessen Grundlage sowohl der *iussus* des *magistratus* als auch die Übereinkunft der Parteien sein mag. Demgemäß war das *sequestum* am Anfang ein Rechtsinstitut völlig prozeßrechtlichen Charakters und die Prozeßparteien haben es schon dann für die vorherige Bestimmung ihrer Prozeßlage angewendet, als das interdiktale Verfahren sich noch nicht ausgestaltet hatte. Dies ist eine beachtenswerte Hypothese, doch das „Gerichtsdeposit“ im Prozeß kann mit dem *sequestum* nicht als identisch angesehen werden.

Einige aus dem vorklassischen Zeitalter abstammende Fragmente weisen darauf hin, daß der Prozeßgegenstand auch bei dem *iudex* bzw. *arbiter* deponiert werden konnte. Die Früheren von diesen Quellen sind hauptsächlich in den Werken von „nichtjuristischen Autoren“ zu befinden. *Karlowa* erwähnt Plautus und einige Cato-Fragmente,<sup>7</sup> während *Broggini*<sup>8</sup> das bei Festus erhaltene Cato-Fragment eingehend analysiert und in drei Szenen des Plautus auch das Vorkommen des *sequestum*, wo neben „*sequestro dare*“ oder „*ponere*“ der Ausdruck „*ad arbitrum redire*“ figuriert. Daraus folgert er, daß auch der *sequester* ein solcher Schiedsrichter war, bei dem die Parteien den Prozeßgegenstand bis zur Urteilsfällung deponiert haben:

„... *si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit...* (D. 4.8.11.2.).

Der *arbiter*<sup>9</sup> funktioniert hier als der Schiedsrichter der Parteien. Im Vergleich dieser Meinung mit der von *Broggini* vertretenen italienischen Doktrin, können wir auf alle Fälle soviel feststellen, daß es ein Gerichtsdeposit gab:<sup>10</sup> die Hinterlegung der bestrittenen Sache beim Schiedsrichter bis zur Urteilsfällung. Aufgrund der obigen Quellen können wir deshalb annehmen, daß es schon in der vorklassischen Zeitalter ein *sequestum* gab, mindestens in der obigen Form von prozessualen Charakter.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> *Mommsen*, Th. (Juristische Schriften I. Berlin, 1905, S. 359) schreibt in einer seinen auf *praedes* bezüglichen Verzeichnungen, daß sie in dieser Stelle versehe, daß der Eigentumsprozeß sich vor allem auf die Depossedierung der streitenden Parteien und damit sich auf die *sequestratio* gründet.

<sup>6</sup> Nach *Broggini* (a.a.O., S. 49) war bis dahin unbedingt dies das Mittel der Sicherung — danach übergang man auf die Methode der Bürgschaft und der Sicherheitsleistung.

<sup>7</sup> *Karlowa*, O.: (Römische Rechtsgeschichte II, Leipzig, 1901, S. 606).

<sup>8</sup> *Broggini*, a.a.O., S. 54 ff.

<sup>9</sup> *Karlowa* (a.a.O., S. 606) auch widerlegt *Muthers* Ansicht, wonach hier die Kompilatoren das Wort *arbiter* an die Stelle des *sequester* schrieben.

<sup>10</sup> *Kaser*, M. (Das römische Zivilprozeßrecht. München, 1966, S. 224) auch schreibt, daß der Prätor die Sequestrierung in Ausnahmefällen verordnen konnte.

<sup>11</sup> *Broggini* (a.a.O., S. 43—63) auch vertritt einen ähnlichen Standpunkt, nur daß er den prozessualen, richterlichen Charakter des *sequestum* aufs äußerste betont, d.h. daß dieses ausgesprochen zur Vereinfachung des Verfahrens, zur Definition der prozessualischen Lage der Parteien diene, Das außerstreitige se-

Der Begriff des *sequestum* kann aufgrund der Ediktkommentaren der *iuris consulti* rekonstruiert werden:

„*Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur*“ (D. 16. 3. 6. Paulus)

Der deponierte Gegenstand ist im *sequestum*, der von mehreren, unter bestimmten Bedingungen damit in Verwahrung gegeben wurde, daß er aufbewahrt und zurückgegeben werde. Diese allgemeine Art des *sequestum* umfängt einen sehr weiten Kreis der Fälle:

„*Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea pinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus* (D. 16. 3.7.).<sup>12</sup>

Dem obigen Text gemäß kann ein Sklave, der im Prozeß als ein Beweismittel angewendet werden soll, beim *sequester* deponiert werden.<sup>13</sup> Ulpian bespricht einen interessanten Fall in den Folgenden:

„*Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? et ait Pomponius adire eum praetorem oportere et ex eius auctoritate denuntiatione facta his qui eum elegerant, ei rem restituendam qui praesens fuerit...*“ (D. 16.3.5.2. Ulpianus)<sup>14</sup>

Nach Brogginì,<sup>15</sup> der *sequester*, gewählt von den Parteien (*qui eum elegerant*), löst den Vertrag auf. Deshalb werden die prozeßführenden Parteien vor den Vertrag vormals zustandebringenden *magistratus* berufen. Da nur einer von ihnen erschien, ruft der Jurist den *praetor* auf, den Prozeßgegenstand dem Anwesenden zurückgeben zu lassen (*qui praesens fuerit*). Diese Mitwirkung des *magistratus* ist sehr bemerkenswert. Das *officium* des *sequester* bekommt nämlich damit einen solchen Charakter des Verfahrens, der ihn der Rolle des Schiedsrichters nahe bringt. Brogginì's Meinung nach ist dieser Fall dem der *mutatio iudicis* analog, der ein neues Übereinkommen der Parteien über die Person des neuen Richters verlangt. Die zweite *sequestration* wird hingegen schon vom *magistratus* verordnet.

Aufgrund der Obigen ist das Wesen des *sequestum*-Vertrags festzustellen: zwei oder mehrere Personen deponieren eine bewegliche Sache<sup>16</sup> — ihrem Übereinkommen oder der Verweisung der Behörde nach — bei einer von ihnen unterschiedlichen dritten Person damit, daß diese Person die Sache aufbewahren und, nachdem eine bestimmte Bedingung eingetreten war, einer von ihnen zurückerstatten soll. Der häufigste Fall des Vorkommens des *seque-*

---

*sequestum* hat aber auch eine nicht kleine Bedeutung und ebenso das auf dem freien Übereinkommen der Parteien ruhende *sequestum*-Geschäft.

<sup>12</sup> Rotondi, G. (Scritti giuridici a cura di E. Albertario, II. Milano, 1922, S. 98) stellt im ganzen Abschnitt in Abrede die Originalität einiger Worte. Andere halten nur weitere, für uns nicht relevante Teile für interpoliert.

<sup>13</sup> Dies würde von Brogginì (a.a.O., S. 48) so ausgelegt, daß der Sklave beim *sequester* für Folterung und Tortur in Depot gegeben wurde, damit er im Prozeß ein nützliches Bekenntnis ablegt: *sequestum* für Sicherung eines Beweismittels.

<sup>14</sup> Faber, A. (Rationalia in Pandectas I—V. Lugduni 1659—1663) bezweifelt die Originalität des ganzen 2. Artikels. Und Albertario, E. (Annali dell' Istituto Giuridico della Università di Perugia, 31(1919.4.1.42) stellt in Abrede die Originalität einiger Worte. Den von uns angeführten Teil ziehen sie aber nicht in Zweifel.

<sup>15</sup> Brogginì, a.a.O., S. 50.

<sup>16</sup> Kaser, M. (Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht. Köln—Graz, 1956, S. 327) auch schreibt: es sei von keinem Zeichen gezeigt, daß eventuell ein Grundstück wäre zuerst in *sequestum* übergeben worden.

strum ist die Sequestration der bestrittenen Sache im Prozeß oder vor dem Beginn des Prozesses. Es gab aber auch eine außerstreitige Variante:

„Si apud te pecuniam deposuerim, ut dares Titio, si fugitivum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit: si pecuniam mihi non reddas, melius est praescriptis verbis agere: non enim ambo pecuniam ego et fugitivarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum“ (D. 19.5.18. Ulpianus).<sup>17</sup>

Das heißt: jemand deponiert Geld bei einer dritten Person, mit dem Zweck, daß diese das Geld dem Titius übergibt, falls dieser seinen flüchtigen Sklaven zurücktreibt — ein interessantes Beispiel für das außerstreitige sequestrum.

In bezug auf die Frage der possessio stehen zu unserer Verfügung keine Quellen aus dem vorklassischen Zeitalter. Über die Klage ist festzustellen, daß im großen Teil der Quellen der Originaltext mit *actio praescriptis verbis* ersetzt war. z.B.:

„... melius est praescriptis verbis agere“ (D. 19.5.18).

Der ulpianische Text wurde auch nicht als originell angesehen:

„... In sequestrem depositi actio competit“ (D. 16.3.5.1).<sup>18</sup>

obwohl nach Lenel und Arangio-Ruiz wir annehmen müssen, daß eine *sequestraria actio* schon existierte. Darüber sind die Meinungen geteilt. Muther<sup>19</sup> und Arangio-Ruiz<sup>20</sup> nach diene die allgemeine *actio depositi* zum Klagen. Der Grund der Meinungen dieser Verfasser ist, daß das *sequestrum* nur ein spezieller Fall des *depositum* sei und davon sich nur ein wenig differenziere. Nach der Mehrheitsansicht<sup>21</sup> scheine das Bestehen einer „in factum concepta actio“: der *actio depositi sequestraria* wahrscheinlich zu sein. Karlowa begründet dies damit, daß das mit den *sequester* abgeschlossenes Geschäft so sehr von Eigentümerscharakter sei, daß zur Prozeßführung die allgemeine Formel der *actio depositi* nicht genügend ist.

<sup>17</sup> Der Ausdruck „*melius-agere*“ ist offensichtlich eine spätere Interpolation. Das ist auch die Ansicht von De Francisci, P. (Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati. Pavia, 1913, S. 313). Nach Beseler, G. (Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. 2. 1911, S. 165) sind die Worte *praescriptis verbis* interpoliert. Die anderen Teile des Artikels sind als unberührt anzusehen.

<sup>18</sup> Lenel, O. (Das Edictum Perpetuum.<sup>3</sup> Leipzig, 1927, S. 290) und Arangio-Ruiz, V. (Archivio giuridico. Pisa, 78/1907, S. 245) bezweifeln seine Originalität und nehmen Stellung für das Bestehen der *sequestraria actio* (*sequestrariae actionis formulam retulisse censet*).

<sup>19</sup> Muther, Th.: Sequestration und Arrest im römischen Recht. Leipzig, 1956, S. 12.

<sup>20</sup> Seine Meinung war für den Verfasser nur in Lenels Artikel zugänglich.

<sup>21</sup> Lenel (a.a.O., S. 290), Rudorff, A. F. (De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliquae sunt. Lipsiae, 1869, S. 119), Karlowa (a.a.O., S. 606) und Kaser, M. (Das römische Privatrecht, I,<sup>2</sup> München, 1971. S. 356) nehmen Stellung für die Existenz der Separatklage.

<sup>22</sup> Dies ist auch umstritten. Lenels Ansicht nach war es eine *in factum concepta actio*, weil wegen des Charakters *bonae fidei* des Deposits die uralte *civilis actio* indas Album nicht hereingebracht werden konnte. Karlowa und Rudorff halten auch die Formel *in ius concepta* für möglich. Dies kann vielleicht nur in dem Sinne angenommen werden, wie es von Kaser, M. (Zum römischen Fremdbesitz. SZ 64, 1944 S. 390) erklärt. Der Besitz des *sequester* hatte dem magistratischen Recht nach auch eine zivilrechtliche Bedeutung, weil er zur passiven Legitimation der *rei vindicatio* diene. So war das magistratische Recht in das Zivilrecht rezipiert: mit dieser *causa* des Besitzes konnte die Klage des Vindizierenden auch im formularen Verfahren beantwortet werden.

Der Begriff des *sequester* wird durch eine Quellenstelle aus dem klassischen Zeitalter definiert:

„*Sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt...*“ (D. 50.16.110. Modestinus)

Die von diesem Zeitalter herrührenden Texte zeigen uns den rechten Weg selbst in bezug auf die Klage:

„*Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione...*“ (D. 16.3.12.2. Pomponius).<sup>23</sup>

Die über die Subjekte des *sequestrum* Gesagten werden von Labeo damit ergänzt, daß beim *sequestrum* die Vertretung des *dominus* durch eine seiner Gewalt unterworfenen Person unerdenklich sei:

„*Servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur, posse dixi cum ec, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset*“ (D. 16.3.33. Labeo).<sup>24</sup>

In diesem Fall sequestrierte der die Geschäfte seines Herrn führende Sklave, der mit Attius in einen Prozeß geriet, die strittige Summe. Der davon Kunde erhaltende *dominus* protestierte gegen das seine Interessen abschwächende Geschäft und forderte, den Betrag vom *sequester* im Prozeßwege zurück, sich darauf berufend, daß die von seinem Sklaven übernommene Verpflichtung für ihn nicht verbindlich sei.

Die über den Gegenstand des *sequestrum* Gesagten können mit einem aus diesem Zeitalter stammenden Text ergänzt werden:

„*Idem rescripserunt, quamvis usitatum non sit post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi, tamen, cum populi traherentur ab adversario, aequum sibi videri fructus apud sequestres deponi*“ (D. 49.1.21.3. Papirius Iustus).<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Obwohl der Abschnitt von Arangio-Ruiz (a.a.O., S. 249), *De Francisci* (a.a.O., S. 318) und Longo, C. (Stud. I. Moriani I. (1906) S. 202) für teilweise interpoliert gehalten ist. Damit ist Partsch, J. (SZ 31 (1910) S. 419) nicht einverstanden. Krüger, H. (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Wien 23 (1896). S. 128) bezweifelt eben die Originalität des Ausdruckes „*sequestraria actione*“. Nach der Aussage der weiteren Quellentexte haben aber die Kompilatoren für die actio des *sequestrum* lieber die *actio praescriptis verbis* eingeschrieben. So scheint es nicht begründet zu sein, diesem Fall die Originalität der *actio sequestraria* zu bezweifeln.

<sup>24</sup> Einige Worte im Abschnitt sind zweifellos die Insertionen der Kompilatoren, z.B.: *incerti, id est*. Den Ansichten von Siber, H. (Passivlegitimation bei der rei vindicatio. Leipzig, 1907, S. 78), *De Francisci* (a.a.O., I. S. 61—65, 321) und Beseler (a.a.O., S. 11) nach können diese Stellen nicht als originell betrachtet werden. Beseler (a.a.O., S. 2, 130—131) sieht auch den für uns interessanten Ausdruck „*in sequestre*“ als interpoliert an. Die Zweifelhaftheit der Originalität dieser wenigen Ausdrücke beeinflußt aber die Stichhaltigkeit der Tatbestände nicht und vom Gesichtspunkt unseres Problems aus ist hier dies relevant) und dies paßt zweifellos in den von den Begriffszeichen des *sequestrum* gegebenen Rahmen hinein.

<sup>25</sup> Faber (a.a.O.) bezweifelt die Originalität dieses Abschnitts. Und Arangio-Ruiz (a.a.O., S. 478) sieht den Ausdruck „*apud sequestres*“ als späterer an.

Auch Papinianus schreibt unter D. 16.3.5.1 über die Sequestration der strittigen Früchte. Es ist den Parteien durch die vorige und auch durch diese Quelle ausdrücklich empfohlen, den Gegenstand des Prozesses zu sequestrieren: dies sei das „richtige und billige Verfahren“, das den Interessen beider Parteien gleicherweise diene.

Unter den aus dem klassischen Zeitalter stammenden Quellen ist schon auch das Problem des Besitzes zu finden:

„*Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*“ (D. 16.3.17.1 Florentinus).<sup>26</sup>

Das Eigentumsrecht der deponierten Sache bleibt also bei dem Deponenten, ja sogar auch die *possessio*, außer wenn die Sache bei dem *sequester* deponiert ist: dann nämlich hat diese allein der *sequester* im Besitz. Die Quellenstelle wurde durch die Fachliteratur auf mehrerlei Weisen ausgelegt. Soviel kann auf alle Fälle festgestellt werden, daß im Falle des *sequestrium* die *possessio* nicht bei dem Deponenten bleibt, sondern sie auf den *sequester* übergeht. Florentin fügt auch hinzu: *nam tum demum sequester possidet*. Obwohl die Auslegung dieses Ausdruckes ebenfalls umstritten ist,<sup>27</sup> scheint gleichwohl diese Auslegung die richtigste zu sein: „denn dann besitzt allein der *sequester*“. Dies wird von Florentin selbst erklärt: *id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat*. Karlowa ist der Meinung daß der Hinweis auf das Übereinkommen der Parteien hier bedeutet, daß die *possessio* nur dann auf den *sequester* übergehe, wenn in diesem die Parteien besonders vereinbaren. Übrigens übergehe nur die *detentio* und es sei nur im Falle eines Sonderabkommens wahr, daß:

„*ut neutrius possessioni id tempus procedat*.“ (D. 16.3.17.1.)  
„*Interesse puto, qua mente apud sequestrem deponitur res nam si omittendae possessionis causa. et hoc aperte fuerit approbatum ad usucapionem possessio eius partibus non procederet, at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constant*“ (D. 41.2.39. Iulianus).<sup>28</sup>

Hier führt Julian das Deposit auf zweierlei *causae* zurück: (1) *omittendae possessionis causa* und (2) *custodiae causa*. Im ersten Fall kann die Sache

<sup>26</sup> Die Originalität von einzelnen Worten dieses Abschnitts wird von *Dernburg, H.* (Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts. Halle, 1883, S. 64, 67) und *Savigny, F. C.* (Das Recht des Besitzes. Wien, 1865, S. 665, 687) bezweifelt. *Eisele, F.* (SZ 11 (1890) 18) sieht den Text von *nam* ab bis zum Ende als interpoliert an. Damit ist aber *Ubbelohde* (Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Ein Commentar begr. von Ch. Fr. v. Glück. S. 43—45, 501—509).

<sup>27</sup> Nach *Karlowa* (a.a.O., S. 606) wurde dies von *Muther* irrtümlich übersetzt. *Voigt, J.* (Vom Besitz des Sequester. Freiburg, 1885, S. 10) interpretiert dies wie folgt: „dann nur besitzt der *sequester*“ oder „nur der *sequester* besitzt“.

<sup>28</sup> Nach *Perozzi, S.* (Istituzioni di diritto romano. I. Firenze, 1906, S. 863) sei der Abschnitt teilweise interpoliert. In der Meinung von *Siber, H.* (Römisches Recht in Grundzügen für die Verlesung. II. Römisches Privatrecht. Berlin, 1928, S. 135) sei der Teil *interesse — mente* nicht originell; ebenso der Ausdruck „*nam si*“. Nach *Gradenwitz, O.* (SZ 7 (1886) 83), *Eisele, F.* (SZ 10 (1889) 319), *Riccobono, S.* (BIDR 7 (1894) 240) und anderen sei der Teil *et hoc — approbatum* wahrscheinlich eine spätere Insertion.

durch Ersitzung nicht erworben werden, im zweiten Fall jedoch sie kann.<sup>29</sup> Wie soll dies verstanden werden? Karlowas Meinung nach bekomme der *sequester* entweder *detentio* oder *possessio*, abhängig davon, was die Parteien wünschen. Das heißt, mit dem Deposit *custodiae causa* übergeht nur die *possessio*. Im Falle des letzteren ist die *possessio eius* (nämlich die des *sequester*) in die Ersitzungszeit von keiner der Parteien einzurechnen. Aber im Falle des Deposits *custodiae causa ea possessio* mag die Ersitzung vorkommen. Siber<sup>30</sup> sieht die obige Unterscheidung als aus dem klassischen Zeitalter stammende an. Und, seiner Meinung nach, werden die Parteien die Ersitzungszeit in ihre eigene Ersitzung nur im ersten Fall nicht einrechnen. Er führt weiterhin aus, daß dies auch übrigens keine wesentliche Frage sei, da bei der Fällung des Urteils ohnehin der dem Zeitpunkt der *litis contestatio* entsprechende Zustand in Betracht komme. Savigny<sup>31</sup> deutet dies auch so, daß der Besitz aufgrund des ausgedrückten Übereinkommens der Parteien auf den *sequester* übergehe und damit alle bisherigen Ersitzungen abgebrochen werden.<sup>32</sup> Die zweierlei *causae* mögen eventuell mit beiden Fällen in eine Parallele mit dem zwei Fällen des prozessualen *sequestrium* gestellt werden. Die *sequestratio* bei dem *arbitrator* erwähnende Quellenstelle sagt nur *depositum (si res apud arbitrum depositae sunt. D. 48.11.2)*. Das heißt: der rechtliche Besitz ist hier auf den *sequester (arbitrator)* eventuell nicht übergegangen, weil die *custodia* mit der Untergebung dem prätorischen *imperium* gesichert genug zu sein schien. Wenn aber die Parteien mit einer Privatperson Vereinbarung trafen, sollten sie die Sache *omittendae possessionis causa* übergeben, damit der *sequester* richterlichen Schutz genießen könne. Im Falle der Hinterlegung der Sache bei dem *arbitrator* ist die Fortsetzung der *usucapio* wirklich nicht relevant, weil hier die Ersitzungslage der Parteien bei der *litis contestatio* festgesetzt wurde. Im Falle der *sequestratio* bei einer Privatperson soll aber die Ersitzung der Parteien schon abgebrochen werden, denn diese *sequestratio* konnte schon vor der Streitverkündung stattfinden.

<sup>29</sup> Voigt (a.a.O., S. 10) faßt die in der Fachliteratur verbreiteten Ansichten über den Besitz des *sequester* zusammen: einigen nach besitzt der *sequester* nur als ein Depositär, im Namen eines anderen; nach werde die *usucapio* nur durch einen Sondervertrag der Parteien ausgeschlossen; oder das *interdictum* — der Besitz übergehe zwar auf den *sequester* aber die eventuelle *usucapio* werde nicht unterbrochen, weil der *sequester* nur *ad interdicta* besitzt; schließlich bekommt der *sequester* in einigen Fällen *possessio* und dann breche die *usucapio* der Parteien ab. Anderesmal bekommt er aber nur *detentio* und diese habe keine Wirkung auf die Ersitzung.

<sup>30</sup> Es folgt aus diesem nach Siber, H. (Scritti in onore Ferrini, C. Milano, 1969, S. 113) noch nicht, daß der Sequestrierer nicht als ein rechtlicher Bestitzer angesehen werden kann; er hatte darauf nur momentan verzichtet, zugunsten des *sequester*. Er ist der Sequestrierer und hat für die sog. solidarische gemeinsame Besitzung des *sequester* Stellung genommen.

<sup>31</sup> Nach Savigny (a.a.O., S. 301—304) deponieren die Parteien nicht die Sache, sondern den Besitz der Sache: wir sollten also nicht von *res deposita*, sondern von *possessio deposita* sprechen.

<sup>32</sup> Nach Beseler (SZ 66 (1947) 348) geschah die *sequestratio* immer *custodiae causa* und immer *omittendae possessionis causa*. Dies war die Absicht der Parteien. Bei Julian stammte die Duplizität immer daraus, ob es sich um ein allgemeines oder ein abgesondertes sequesterischen Deposit handelte. Im vorherigen Fall behält der Deponent den Besitz, in dem letzteren bekommt diesen der *sequester*. Das aber, daß die sequestrierte Sache vom Deponent ersitzen werden könnte, ist ganz und gar undenkbar, weil im klassischen Recht, außer der Person, die die Sache mit Gewalt erwarb, bei der Besitzerwerbung nur der *procurator* ein Vertreter sein konnte.

Julian kann auch so interpretiert werden, daß er das *sequestrum* mit dem Deposit vergleichend erwähnt — diese Lösung ist sehr häufig. Z.B.: „*rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio nisi apud sequestrem deposita est*“ (D. 16.3.17.1) oder „*proprie autem in sequestre est depositum*“ (D. 16.3.6.), „*non enim ambo pecuniam ego et fugitivarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum*“ (D. 19.5.18) „*si hominem apud se depositum sequester solverit...*“ (D. 16.3.17). So deckt das Deposit *custodiae causa* ein „regelmäßiges“ *depositum* und übt natürlich keine Auswirkung auf die Ersitzung der Deponenten aus, während im Falle des Deposits *omittendae possessionis causa* — das ein begriffliches Element des *sequestrum* ist — die Sequestrationsgeschäfte sich verwirklicht und die eventuelle bisherige Ersitzung der Parteien unterbrochen wird.

## V.

Das Zeitalter des nachklassischen Rechts und die Tätigkeit der Kodifikatoren des Justinian bedeuten eine gewisse Änderung auch bei dem *sequestrum*. Der Originalcharakter der *constitutiones* wird modifiziert: sie werden oft „verbindlich“, die Sequestrierung der umstrittenen Sache wird vorge-schrieben.<sup>33</sup>

*Quotiens et quolibet contractu pecunia postulatur. sequestrationis necessitas conquiescat*“ (C. 4.4.1.).

D.h., so oft und aus soviel Verträgen hervorgehend Geld gefordert wird, soll es sequestriert werden.

„... *de quibus in iudicio tractabitur, sequestrari in eum diem, in quo controversia sopietur...*“ (C. 7.19.7.3).

Der Prozeßgegenstand soll deshalb bis zur Entscheidung der Streitfrage sequestriert werden, denn:

„*ita ut ex isdem, si alia facultas esse non poterit, tantum litis sumptibus et aliamoniae hominis subministretur, quantum moderato iudicis arbitrio fuerit aestimatum*“ (C. 7.19.7.3).

Das heißt: dies bietet eine gute Gewähr zur Vollstreckung des Urteils.

„... *in sequestre esse oportet, ut his ab utroque deductis atque in medio iure collocatis ad eorum proprietatem uterque contendat*“ (C. 7.18.3.2.).

Wenn jemand *ad libertatem proclamavit*, soll sein Vermögen sequestriert werden.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Es ist auch die Ansicht des Kaser, M. (Das römische Privatrecht<sup>2</sup> II. München, 1975, S. 443), daß die staatliche Einmischung und Überwachung bei dem Deposit der umstrittenen Sachen immer häufiger werde — die Sequestration sollte z.B. in einer amtlichen Stelle stattfinden und sie konnte ausnahmsweise eine Enthebungswirkung haben. Seiner Meinung nach könne diese Regel vielleicht bis zum Diokletian zurückgeführt werden. Es wurde für den Gläubiger eventuell auch eine *actio utilis* gegen den Deponent gesichert, ha sogar gegen alle Besitzer des deponierten Geldes. Dies ist aber schon zweifelhaft.

<sup>34</sup> Kaser (RZ, s. 687) führt Levy, A. (Weströmisches Vulgarrecht; das Obligationenrecht. Weimar, 1956) an, der schreibt, daß die *sequestratio* in jedem Fall auf dessen Vermögen verordnet wurde, der *ad libertatem proclamavit*, für die ganze Dauer des Freiheitsprozesses. Hier schreibt nämlich Kaser vom *libellum*-Verfahren, daß falls der Gegenstand des Prozesses eine physische Sache ist, die *sequestratio* deren verordnet werden solle.



Es wird durch die folgende *constitutio* ein interessanter Fall reguliert:  
„*Adulterii accusatione proposita praescriptiones civiles, quibus aut dos repeti fingitur aut ex ratione aliqua debitum flagitatur, quae occurrere atque perstrepere examini consuerunt, iussimus sequestrari nec earum obice aliquid negotio tarditatis adferri*“ (C. 9.9.32.).

Es soll deshalb aus dem Vermögen des mit der Beschuldigung des Ehebruchs gedrohten der Betrag sequestriert werden, der für die Deckung der zurückgeforderten Mitgift und seiner anderen Schulden genügend ist.

„*Sin autem fideiussione cessante ad sequestrationem res veniat et pecuniae deponantur, ex earum summa tantam iudices separare, quanta ad publicas sufficiat functiones*“ (C. 11.48.20.4).

Dies ist ein richterliches *sequestrum*, ausgesprochenen Verfahrenscharakters: wenn die mit *fideiussio* zedierte Sache im Laufe Prozesses sequestriert wird, wird davon der Richter den für die Deckung der Schulden genügenden Betrag absondern. Es sind auch Beispiele für das außerstreitige *sequestrum* zu finden:

„*Propter instrumenta quidem, quae te deposuisse cum adversario tuo dicis, ut residua pecunia quae ex conductione debebatur dissoluta ea reciperes, si id quod placuerat implesti, sequestrem potes convenire...*“ (C. 4.34.5).

Dementsprechend können die Parteien für die Deckung der aus der Miete herrührenden Schulden auch diese Weise der Erfüllung wählen, womit die Forderung sicherer wird:

„*...quamvis autem haec reddita non fuerint, tamen adversus eum a quo fundum conduxeras, si omne quod ex hoc contractu debebatur reddidisti, ipsis solutionibus tutus es*“ (C. 4.34.5).

Das nachklassische Recht ließ deshalb die begrifflichen Elemente des *sequestrum* unberührt und änderte nur seinen Charakter in der Richtung des verpflichtenden *sequestrum* prozessualen Charakters („Gerichtsdeposit“).

Für die Rückforderung der sequestrierten Sache finden wir in den Digesten selbst mehrere Teile, wo die Kompilatoren an die Stelle der Originalklage die *actio praescriptis verbis* legten, z.B.

„*...si pecuniam mihi non reddas, melius est praescriptis verbis agere...*“ (D. 19.5.18).

„*...sed Pomponius ... posse cum praescriptis verbis actione agi...*“ (D. 4.3.9.3).

Dies steht im Einklang mit den hauptsächlichen Prinzipien ihrer Kodifikationstätigkeit: damit sie zur Jurisprudenz des klassischen Zeitalters zurückgehend um sie zu vereinheitlichen, ein Gesetzbuch schaffen können.

Da in dieser Zeit die *actio praescriptis verbis* schon eine allgemeine Form der Klage wurde, haben sie die Aufrechterhaltung der *actio depositi sequestraria* wahrscheinlich nicht für begründet gehalten.



## Das fides-Prinzip und sein Zusammenhang mit der fiducia

### I.

#### PRINZIP DER FIDES

Bei der Untersuchung der Geschichte des Pfandrechts ist der zeitliche Ausgangspunkt ebenfalls die Gründung von Rom, die nach der Tradition 753 v.u.Z. erfolgte. Die Lebensweise der römischen Bürger war in der Anfangszeit im wesentlichen die der Landbauer und Mittelbauer; für diese Lebensweise war die Eingengtheit, Ungeschmiedigkeit und Formalismus der Landmenschen charakteristisch. Der Naturmensch, der die günstige oder schlagende Kraft der Elemente unmittelbar fühlt, der dem Spiel der Natur ausgesetzt ist, neigt durchaus dazu, hinter dieser Kräfte, deren Auswirkungen er selbst bitter oder günstig fühlt und deren Wege er selbst weder bestimmen noch beeinflussen vermag, übermenschliche Personen zu wissen. Diese sind Personen, die ihrem Glauben entsprechend über ihr Leben, Kriege entscheiden, beeinflussen aber vor allem die Natur und haben dadurch unmittelbarer Einfluß darauf, daß der Landbauer gut ernten kann oder seine Lagerschuppen leer bleiben. Diese himmlischen Personen bestimmen nun, ob einer im Wohlstand oder in Armut leben soll. Der Mensch, der mit dem Feld Beziehung hat, findet in der Natur zahlreiche mytische Züge. Deshalb glaubt er in gesteigertem Maße an guten und bösen Geistern und bekleidet diese mit Gotteskraft. In der Auffassung und Lebensweise des römischen Bauers also — gerade, weil er unmittelbarer Wirkung überirdischer Kräfte ausgesetzt ist — wurzelt der Gottesglaube tief. Die Erklärung für die Mehrgottesglaube ist einerseits, daß das Regieren der guten und bösen Kräften in Händen anderer himmlischer Personen sein soll, andererseits aber, daß er mehrere Götter geben soll, da sich das Leben selbst aus vielen Erscheinungen zusammensetzt, so soll eine jede Erscheinung eigene Regierer haben, denn kein Gott könnte sich mit allen Fragen beschäftigen. Die Naturerscheinungen sind so verschieden, daß er der römischen Auffassung nach unmöglich sei, daß diese verschiedenen und abweichenden Erscheinungen nicht je von einem anderen Gott geleitet wären. Es ist gleichfalls für die Mehrgottesglaube charakteristisch, daß die Götter zwar himmlische Personen mit größerer Kraft sind als die Menschen, die über sie geschaffene Vorstellung die Götter doch in menschliche Form gestaltet (anthropomorphismus). Die Götter sind gut und böswillig und leben dem Menschen ähnlich. Die ein-

\* Diese Studie ist ein Teil einer vom Verfasser unter dem Titel „Geschichte und Entwicklung des römischen Pfandrechts“ früher geschriebenen, mit einem Preis belohnten Arbeit, die er im Seminar von Professor Pólay gefertigt und in 1951 referiert hat.

fachen Römer streben danach, den Beifall der Himmelsbewohner zu gewinnen und es sich fürs Leben zu sichern. Die Götter muß man nun ehren, ihnen Opfer zeigen und ihre Hilfe mit allen Mitteln gewinnen. Der Religionskult, die feierlichen Formalitäten dienen diesem Zweck am besten, da diese den Göttern gefallen. Die Religion wird also zu einem allgemein verbreiteten Kult von großer Bedeutung und das Religionsleben wird von einer Organisation, von den Priestern, an der Spitze mit den *pontifices* geleitet. Die *pontifices* werden vom Volk hochgeehrt. Diese haben Beziehung zu den Göttern, sie vermitteln die Wünsche, wehren Angriffe böser Geister ab, ihr großer Ansehen vor den Menschen ist also begründet, da diese in jeder Erscheinung des Lebens die Gotteshand sehen. Die Priester haben durch ihr Ansehen und ihre höhere Ausbildung auf das gesammte Staatsleben einen großen Einfluß, und so spielten sie bei der Schaffung des Rechtssystems eine — sogar eine große — Rolle; die Rechtsanwendung war anfangs alleinige Wissenschaft des Pontifikalkollegiums.

Die Priester ließen die Gottesverehrung in ziemlich komplizierter Form ablaufen. Reiche sowie Arme waren angestrebt, durch Geschenke die Hilfeleistung der Priester zu gewinnen, ihre Wünsche vermitteln zu lassen, da sie unfähig waren, diesen komplizierten Ritus durchzuführen. Die Mehrgottesglaube ist von umfassender Bedeutung und ein durchaus wichtiger Faktor des anfänglichen römischen Lebens. Es ist ein wichtiger und bei der Untersuchung eines Rechtsinstitutes unerlässlicher Gesichtspunkt, vor allem wenn dieses Institut von der Anfangsperiode an untersucht wird. Besonders unerlässlich ist es, wenn man sich mit der Geschichte des römischen Pfandrechts beschäftigt. Das römische Pfandrecht hat sich nämlich in drei Stufen entwickelt, von denen die erste die *fiducia* ist. In der *fiducia* erscheint der Fidesgedanke in juristischer Form. Solange aber die *fides* als Moralbegriff zum Rechtsbegriff wird, vergeht eine bestimmte Zeit, und wenn man die Merkmale der ersten pfandrechtlichen Stufe, nämlich die der *fides* erkennen wünscht, hat man diese zu untersuchen.

In der Zeit des Königtums, sowie in den Anfangsjahrhunderten der Republik ist das Wirtschaftsleben in Rom ziemlich einfach bis zum Ende des ersten punischen Krieges. Das Volk von Rom führte eine Bauerwirtschaft, eine selbstversorgende Wirtschaftsmethode, seine Produktionsmittel sind primitiv. Es gibt keine oder kaum Überschußproduktion. Aber selbst bei dieser primitiven Lebensweise sind die zwei wichtigen Geschäfte wie Kaufgeschäft und Darlehen unentbehrlich. Ohne diese ist nicht einmal eine primitive Wirtschaft vorzustellen; diese Kaufgeschäfte sind anfangs ziemlich schwierig. Beim Austauschverkehr wurde nämlich statt Metallgeldes Rindvieh (*pecus*) und Schaf gebraucht. Als aber das *aes*, d.h. das Kupfer zum Austauschmittel wurde, war eine grössere Regsamkeit wahrzunehmen, obwohl das ungeprägte Kupfer (*aes rude*) noch viele Schwierigkeiten bedeutete, da es bei jedem Kaufgeschäft abgewogen werden mußte. Das haben die *libripens* gemacht, die beim Kaufgeschäft unentbehrlich waren. Selbst das *aes signatum*, das markierte Kupfer mußte abgewogen werden. Der entscheidende Fortschritt war der Übergang zu den Münzen, das den Übergang vom bisherigen Austauschhandel zur Geldwirtschaft bedeutete. Diese Zeit liegt in der Zeitperiode der Zwölftafeln, da die *lex Aternia Tarpeia* schon vor den XII Tafeln über Rindvieh, die *lex Julia-Papiria* nach den Zwölftafeln über Geld, und zwar über zählbares Geld (*pecunia numerata*) spricht. Nach den XII Tafeln wurde die Kupfermünze zum gesetzlichen Zahlungsmittel,

obwohl der Tausch schon früher dadurch abgewickelt war, als *pecunia ponderata*. Neben dem Kupfer war seit 268 v.u.Z. Silber, seit 218 v.u.Z. Goldmünze gebraucht. Man sollte aber zur Anfangszeit zurückkehren, in der — wie gesehen — das Kaufgeschäft, auch wenn in ungeschmeidiger Form, schon vorhanden war. Genauso offensichtlich ist die Notwendigkeit des Darlehens. Der wirtschaftende Mensch geriet oft in eine Lage, daß er bestimmte Aushilfsmittel in Anspruch nehmen muß, damit die Produktion nicht gehindert wird; es kommt vor, daß ihm bestimmte Produktionsmittel fehlten und er diese Produktionsmittel geliehen hat. Oft entstand aber diese Situation, wenn er aus Kaufzweck Tauschmittel von anderen geliehen hat. Bekam er dieses Mittel, beedete er feierlich (*sponsio*), seine Rückerstattungspflicht zu erfüllen. Im Laufe der Zeit wurde es auch in das Regelungsbereich des Rechtes hineinbezogen und die Verletzer der Rechtsnormen wurden mit grausamen Sanktionen bedroht. Es läßt sich also verstehen, daß das sakrale Element die Sicherung bedeute, das ziemlich kräftig sein sollte, wenn man auf Grund der Gesagten versteht, welche Bedeutung es für einen römischen Landbauer hatte, sein den Göttern gegebenes Versprechen zu brechen. Die *sponsio* ist nun nichts anderes, als ein durch das Glauben bekräftigtes Darlehen, wobei der Versprecher durch religiöse Verpflichtung zur Erfüllung seines Versprechens verpflichtet war. Es ist wohl möglich, daß neben dem *religionis vinculum* vom Anfang an auch bestimmte civilis Verpflichtung bestand. Worin die aber inhaltlich bestand, weiß man nicht genau. Neben der *sponsio* erscheint bald der *nexum* als neue Art der Darlehensforderung, worüber später noch gesprochen wird. Das Kaufgeschäft und *sponsio* sind zweifelsohne schon in der Anfangszeit vorhandene Rechtsinstitute, die durch das Wirtschaften befehlswise zustandegebracht werden. Daneben erscheinen sehr bald auch neue Geschäftsformen, die zwar nicht zahlreich, dafür aber bedeutend sind. Das sind das *commodatum*, wie das kostenfreie Verleihung irgendeines Viehes zwecks provisorischer Nutzung, dann Ablegung wegen Aufbewahrung (*depositum*) und die Sicherung einer Schuld Erfüllung durch sachlichen Mittel. Ein gemeinsamer Zug dieser Institute ist, daß darin sich das Fidesprinzip gelten läßt. Von unserem Gesichtspunkt betrachtet, ist vor allem die *fiducia* von Bedeutung. Es ist schon klar, daß auch beim primitiven Darlehen der Darlehnsgeber unter Eid die Erfüllung verspricht. Der Darlehnsgeber — d.h. der Kreditgeber — wollte die Erfüllung seiner Forderung auch auf andere Weise vollkommen sichern. Er forderte nun zur Sicherung der Interessen des Kreditgebers juristische Regelung, was um so leichter war, da die Kreditgeber von den Wohlhabenden kamen, die durch ihre eingenommene Stelle und ihre leitende Rolle in der Rechtsschaffung den Schutz ihrer eigenen Interesse verwirklichen konnten.

Es entsteht die *fiducia*, in dem der Gedanke der *fides* verkörpert wird. Man sollte also die *fides*, als Moralprinzip untersuchen, das später zum Rechtsprinzip wurde.

Die *fides* als Prinzip ist im römischen allgemeinen Bewußtsein ein mit großer Kraft auswirkender Faktor. Wie man sehen wird, konnte die *fides* im römischen öffentlichen Leben und auch im Geschäftsverkehr ein Stützpunkt sein, weil die angedrohte sakrale Sanktionen die Verletzung verhinderten. Diese sakralen Elemente waren auch bei der *sponsio* vorhanden. Entscheidende Bedeutung hatte die *fides* als König Numa Pompilius ein Tempel für die *fides* gewann und so die *fides* nun zum öffentlichen Institut geworden ist. Man kann wohl gerecht sagen, daß es Numa getan hat, weil die *fides* ein in der

Praxis auswirkender Faktor war, und er hat gerade deshalb die eingehende Regelung für wichtig gehalten. Numa hat im Sinne seiner Regierungsweise der *fides*, neben der öffentlichen Verkehrsbedeutung, Ansehen verliehen und läßt dadurch aus der früheren Allgemeinheit hervorheben und institutionell organisieren. Dionysius nach regelt Numa die *fides* „wie keiner der berühmten Gesetzgeber“. Die Folge davon ist weitverzweigt. Die Einhaltung der *fides* war bis jetzt nur durch die allgemeine Tradition und das Moral gesichert, seit Numa ist aber diese Pflicht stärker geworden, die *fides* wurde nämlich zu einem unverletzbaren und sakralen Begriff, war für den größten Eid gehalten, dessen Beweiskraft stärker als alles andere war, so daß ein Vertragsprozeß ohne Zeugen sofort entschieden wurde, wenn einer der Parteien Eid abgelegt hat. Die Schreiben von Livius (142. 1.21.) und Dionysius sind Beweise dafür.

Numas Maßnahmen hatten ein weiteres entscheidendes Ergebnis, daß die Einhaltung der *fides* nicht nur für einige, sondern selbst für den Staat Pflicht ist. Die *fides publica* bedeutet also allgemeine Ehre, die zu ehren sich auch der Staat verpflichtet, bei wichtigen Staatshandlungen wird auch darauf hingewiesen (z.B. einen Krieg ausbrechen lassen, Friedensschließung). M. Terentius Varro nach (De l. lat. 5.86) ist die *fides* eine in das öffentliche Recht aufgenommene, verbindene Rechtsnorm. Gellius (20.1) betont, daß die *fides* im alten Tugend am wichtigsten ist. Der Inhalt der *fides* lautet „*dictorum conventarumque et veritas*“, der zur Folge hat, daß „*id fiat, quod dictum est*“. Da die *fides* als Göttlichkeit betrachtet war, waren die Geschäfte auch an eine feierliche Form gebunden, die Göttlichkeit ist doch nur bei besonderen Formalitäten vorzustellen. Wie das vor sich ging, gibt es keine Angaben dafür. Romanisten machen es für wahrscheinlich, daß der Fidesvertrag mit einer *nuncupatio* und Handschlag begleitet war. Die *fides* ist ein Moralprinzip, und zwar so eines, das geeignet ist, auch juristisch bedeutend zu werden.

Was ist nun die juristische Bedeutung der *fides* in dieser Anfangsperiode — in den ersten beiden zweihundert Jahren? Dies zu untersuchen ist um so wichtiger, weil in der nächsten Phase das Fidesprinzip in Form der Fiduziargeschäfte in das Recht hineinzieht, und das wichtigste davon ist die *fiducia* die erste Form des Pfandes.

Am Anfang bestand die juristische Rolle der *fides* darin, daß sie aufgehört hatte, Privatpflicht zu sein. Ihre Einhaltung ist schon Pflicht, die den Einzelnen genauso wie den Staat verpflichtet. Ihre Verletzung, ist eine Handlung gegen die Gemeinschaft, eine öffentliche strafbare Handlung, das von der Gemeinschaft vergeltet werden konnte. Es wird betont, daß das stark religiöse Volk versuchte, das durch *fides* Angelobte unter jedem Umstand einzuhalten.

Neben dem im Individuum wurzelnden Gründen war man durch realen Faktoren gezwungen, so zu handeln. Die Verletzung war — wie bekannt — eine öffentliche strafbare Handlung das eine Strafe zur Folge hat. Diese aus dem öffentlichen Charakter folgende Vergeltung hatte also eine preventive Auswirkung und so ist das Einhaltungsanliegen noch stärker. Es ist wahr, daß die Vergeltung die Erfüllung nicht zur Folge hat und die Vergeltung nicht wegen der Nichterfüllung sondern wegen der Nichteinhaltung des gegebenen Wortes erfolgt. Aber diese angedrohte Strafe ist eine ziemlich starke Anregung dazu, daß der Schuldner die versprochene Pflicht mit allen möglichen Mitteln erfüllt. Hinter der moralischen Verpflichtung steckt nun

eine juristische Verpflichtung. Es muß aber nachdrücklich betont werden, daß nicht allein die Tatsache der Nichterfüllung, sondern die Nichteinhaltung des *fides* nachteilige Folgen hat. Wenn jemand also etwas durch *fides* angelobt hat, so hat er auf sich genommen, mit allen möglichen Mitteln die *fides* einzuhalten und zu erfüllen. Hat er aber dieses Erfüllungsversprechen nicht eingehalten, so hat er in Mehrheit der Fälle solche Handlungen begangen, wodurch er die *fides* verletzt hatte; er hat nämlich *dolus* begangen, oder aber war nachlässig indolent, oder hat irgendeine andere Methode zur Umgehung angewendet. Diese Tatsachen bedeuten aber die Verletzung der Götlichkeit, und dies zu bestrafen war eine Pflicht. Diese beiden Gesichtspunkte, die starke religiöse Wirkung und der öffentliche Charakter dieser Handlung, der die Vergeltung der Fidesverletzung zur Folge hat, waren genügende Sicherung dafür, daß der Schuldige erfüllt und so konnten die Interessen des Berechtigten als gesichert angesehen werden. Es besteht kein Zweifel, daß in den durch *fides* versicherten Vermögensfälle in der Schuldnerposition überwiegend die wirtschaftlich Schwachen, auf Seite des Berechtigten aber die Reichen stehen, deren Vorderungen — gerade aufgrund der vorher Gesagten — durch die *fides* als garantiert angesehen werden kann. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß sich die Fidesverpflichtung für jedermann gleich bezieht; in dieser primitiven Zeit gab es keinen wesentlichen Vermögensunterschied, was auch aus dem geschilderten Gesellschaftsbild hervorgeht. Die Fidesverpflichtung des Staates hat keine vermögensrechtliche, sondern nur öffentlich-rechtliche Bedeutung. Wie gesehen, hat nun die *fides* als moralische Verpflichtung wesentliche, auch juristisch qualifizierbare Züge.

Es stellt sich die Frage, ob die Fidesverletzung, also die dadurch ausfallende Erfüllung eine rein *civilis sanctio* hat abgesehen von ihrer schon genannten öffentlich-rechtlichen Wirkung. Hat nämlich die Tatsache der Nichterfüllung eine zivile Klageberechtigung zur Folge? Beim öffentlichen Charakter der Fidesverletzung wurde nämlich betont, daß dabei eigentlich nicht die Nichterfüllung, sondern die Verletzung der *fides*, die des öffentlichen Prinzips zu bestrafen war. Wir glauben, es wäre nicht richtig, die Fidesverletzung von der Nichterfüllung zu trennen, da die eine aus der anderen notwendigerweise folgt. Das entscheidende Anliegen bei der Geschäftsumgestaltung der *fides* bestand darin, die öffentliche Glaubwürdigkeit, den öffentlichen Verkehr mit bedeutenden Mitteln zu sichern, so, daß die bis jetzt rein Gewissenspflicht auch durch reale Sicherungen erzwungen werden kann. Die Naturalisation der *fides* im Vertrag hatte offensichtlich dies zum Ziel. Das Ausfallen der Erfüllung hat aber gewöhnlich Gründe, die schon Fidesverletzung bedeuten: er hat größere Verpflichtung übernommen, als er zu erfüllen vermag, ist fahrlässig, böswillig, mit einem Wort, er hat sich zu etwas verpflichtet, was er aus eigener Schuld oder böswillig nicht erfüllen kann. Dabei fließt aber die Nichterfüllung in die Verletzung der übernommenen Treue hinein. Der Schlüssel zu Lösung ist hier zu suchen: der Grund der Nichterfüllung ist immer das individuelle Verhalten, so kann man über eigene Schuld und dadurch zugleich über Verstoß des Treueprinzips sprechen. Es wäre Formalismus und nicht das Wesen ausdrückender Standpunkt zu sagen, daß die nachteilige Forderungen den Nichterfüller nur deshalb treffen, weil er die Fides verletzt habe und die Nichterfüllung unbestraft bleibe. Die beiden Begriffe — Nichterfüllung und Fidesverletzung — gehö-

ren doch zusammen, die können nicht getrennt werden, und das Ziel ist, die Nichterfüllung zu verhindern. Das wird dadurch erreicht, daß die Fidesverletzung eine Strafe zur Folge hat. Wäre doch die Nichterfüllung nicht bestraft, so würde das zu schweren Schwächung des Kreditlebens führen. Um es zu vermeiden, ist es wichtig, zum Schutz der Interessen des Kreditgebers rechtliche Grundlagen aufzustellen, oder daß die Nichtachtung der übernommenen Pflichte mit rechtlich nachteiligen Folgen einhergeht. Aus welchem Grund das aber formell geschieht, hat keine Bedeutung. Mag sein, daß die Nichterfüllung schon zu dieser Zeit eine *civilis sanctio* hatte, dafür gibt es aber keinen Beweis. Es scheint wahrscheinlich zu sein, daß die Sanktion in dem Sinne öffentlich-rechtlich war, daß die Gemeinschaft die Verletzung der *fides* als Gemeinschaftsprinzip vergeltet hat; die *actio de perfidia*, über deren Existenz in den XII Tafeln bei Paulus zu lesen ist (D. 26. 7. 55.), scheint dies zu beweisen. Die Fidesverletzung ist die *perfidia*, die die Verletzung der Göttlichkeit bedeutet, sie ist also eine Sünde, die Verletzung hat aber nicht nur sakrale, sondern schon beschriebene rechtliche, d. h. Vergeltungsfolge, deren Notwendigkeit dadurch begründet wird, daß neben dem sakralen Schutz auch rechtliche Schutz die volle Garantie der Sicherheit des öffentlichen Interesses, d. h. des Kreditlebens zu sichern hat.

Die Abschlüsse in der *fides* waren sehr verbreitet, denn sie waren der Form nach einfacher als andere Abschlußweisen, wie z.B. die *sponsio*. Das läßt sich wohl damit erklären daß das sich sehr an Formalitäten hängende allgemeine Bewußstein diese erstrangig bedeutend hielt. Es ist festzustellen, daß die *fides* nicht nur ein Moralprinzip, sondern in gewissem Sinne zugleich auch Rechtsprinzip ist: es ist wenigstens geeignet, zum Rechtsprinzip zu werden. Schließlich wurde der rein sakrale Schutz der *fides* bald überholt und der entsprechende Rechtsschutz ist nicht zu beweisen, aber man glaubt, daß sich der privatrechtliche Schutz, auch wenn nicht selbständig durch der öffentlich-rechtliche Schutz und im öffentlichen Recht doch gelten läßt. Jedenfalls war die Sicherung der Fiduziargeschäfte in der Anfangszeitperiode stark genug, daß diese Geschäfte ihre Ziele verwirklichen können.

Es ist bekannt, daß in den primitiven Zeiten — wie es von der Gründung von Rom bis zum Untergang des Königtums ist — zur Abwicklung der Vermögensgeschäfte die juristisch völlig geregelte Form der Kauf und des Kredit bildeten, wozu die *per aes et libram*-Geschäftsschließungsform dient. Aufgrund des allgemeinen gesellschaflichen Entwurfes ist es auch begründet, da beim verhältnismäßig primitiven Wirtschaften diese beiden Geschäftsformen nötig waren. Es versteht sich von selbst, daß im praktischen Leben neben diesen beiden Hauptgeschäftsformen auch andere Geschäftsformen erwünscht waren. Diese hatten aber noch keine ausgesprochene Rechtsform und fehlte vor allem die Klagbarkeit. Die juristischen Sanktionen waren aber durch andere Sanktionen ersetzt. Wie gesehen, bildeten das Eidversprechen und die Ehre eine Garantie dazu, daß diese zweitrangigen Geschäfte erfüllt werden. Diese Geschäfte von zweitrangiger Bedeutung, die nur noch verhältnismäßig verbreitet waren, waren der Pfand, ferner die Verwahrung und der Gebrauch. Wenn diese Geschäfte keine Zivilklage hatten, war ihre Erfüllung von mehrerer Seite gesichert; Garantie bedeutet einerseits die religiöse Auffassung, die bei dem römischen Menschen recht erfolgreich war, da diese eine zurückhaltende Kraft vor Verletzung der für die Götter lieber Sachen besaß; andererseits erscheinen Sanktionen juristischen



Charakters und die *actio de perfidia* wünschte dem Rechtsschutz kräftig zu dienen. So ist nun die *fides* auch juristisch gesehen ein bedeutender Faktor, und auch wenn sie in jenen friedlichen Zeiten noch nicht zum Rechtsprinzip geworden ist, sind nicht viel später, mit der Ausbreitung des Kreditlebens und infolge des größeren Lebensbedürfnisses die bisher zweitrangigen Geschäfte zu einem Geschäft von gleicher Bedeutung geworden, wie früher das Darlehen und der Kauf waren, damit ist das Moralprinzip der *fides* zum Rechtsprinzip, zum Mittelpunkt des gesamten Rechtsinstitutes geworden. Die *fides* hatte also drei Phasen: Vor Numa (?) war sie nur ein Moralprinzip, die durch die Tradition und Moral geschützt wird, seit Numa genießt sie einen kraftvollen sakralen und juristischen Schutz, dann aber als letzte Phase ist sie ein kategorisches Rechtsprinzip von großer Bedeutung geworden, in den sog. fiduziarischen Geschäften. — Eines davon ist die *fiducia*, die den ersten kategorischen Rechtsgrund des Pfandes bildet.

## II.

### DIE FIDUCIA

Das dritte Jahrhundert von Roms Leben ist eine Zeit der Veränderung.

In dieser Zeit steht man der kräftigeren Polarisation der politischen Kraftverhältnisse entgegen, die Wirtschaftung entwickelt sich, so hat der Kredit größere Bedeutung. Die erste Kupfermünzprägung ist nicht mehr zusehr weit (*aes signatum* im 4., *aes grave*=geprägte Kupfermünze im 3. Jhdt), Auch die Regierungsweise verändert sich. Rom führt Krieg und das zieht die Umgestaltung der Gesellschaft, Wirtschaftung und der allgemeinen Auffassung nach sich. Mit der Entwicklung der Wirtschaftung werden neue Geschäfte bedeutend, meistens jene, die schon vorhanden waren, aber ohne nachdrückliche juristische Form und Inhalt. Bei dieser Wirtschaftung hat der Kredit schon eine große Bedeutung, die Kreditgeschäfte passen sich — nun endgültig — in das Rechtssystem hinein. Es genügt aber nicht mehr, diese, zum größten Teil nur auf moralischer Grundlage zu regeln. Die Veränderungen der politischen Verhältnisse, die tiefgreifenden Gegensätze zwischen den Klassen der Patrizier und Plebejer, die Wirkung der andauernden Kriege führen zur Unsicherheit im Rechtsleben und diese haben für notwendig gemacht, daß die so wichtig gewordenen Kreditgeschäfte eine sichere Form gewinnen. Infolge der äußeren und inneren Kämpfe verleihen die Besitzer, die auch Reserve haben, nicht gern, denn sie fürchten, daß die Erfüllung wegen der unregelmäßigen Verhältnisse ausbleibt. Es besteht nun die Gefahr, daß der Güterumsatz gehindert wird, bei der Produktion der unentbehrliche individuelle Kredit nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, da — wegen der Genannten — durch die Weigerung der Besitzer vor der Kreditleistung das Ganze problematisch wurde. Das Steckenbleiben des Kreditlebens kann verhängnisvolle Folgen haben, man muß also eine Methode in Anspruch nehmen, die dem Verleiher volle Sicherstellung gewährleistet und dadurch die Umsatzverminderung aufhält. Die Garantien des Verleihers bedürfen starke Mittel. Die bisherigen moralischen Sicherstellungen sind keineswegs ausreichend, es sind viel mehr konkrete juristische, im Falle der Nichterfüllung erzwingbare Garantien notwendig. Es liegt an der Hand,

wenn die frühere Methode nicht weggeworfen sondern im Gegenteil, von noch kräftigerer Wirkung wird. Dies entspricht der natürlichen Entwicklung, und ist auch in diesem Fall festzustellen. Zur Sicherstellung der Interesse des Darlehnsgebers ist die persönliche oder sachliche Sicherstellung am wirksamsten. Beide sind schon in dieser Zeit vorzufinden. Für uns wäre eher die sachliche Sicherstellung interessant, deren bedeutendster Form der Pfand ist. Die Pfandregelung tritt in den Vordergrund. Der Pfand war bis jetzt nämlich moralischen Charakters und nicht als Rechtsinstitut zu betrachten, selbst bei seinen juristischen Zügen nicht. Jetzt mußte er aber zu einem Rechtsinstitut in einer Form ausgebaut werden, daß die sachliche Sicherung kräftig der Interesse des Darlehnsgebers dient, damit das Wirtschaften nicht ins Stocken geriet. Selbstverständlich konnte der Rechtsnorm, der zum Ziel die Sicherstellung der Interesse des Kreditgebers hatte, leicht geschaffen werden. Die Kreditgeber kamen nämlich von den Besitzern, da nur diese Überschuß hatten, den sie verleihen konnten. Die Verarmung durch den Krieg schlug diejenige, die keine großen Reserven hatten, die sie aber während des Krieges aufbrauchen mußten. (Diese Regel hatte zur Zeit des Eroberungskrieges durchaus große Wirkung für das römische Leben.) Die Kapitalstarken haben dagegen die nachteiligen wirtschaftlichen Folgen der Kriege nicht so sehr gemarkt. Der verarmte einfache Mensch braucht Kredit, was den Kreditgeber auch in Krisen sicherstellt und ihn so zur Kreditgewährung anregt. Daß diese Institute um so vollständiger den Interessen des Kreditgebers dienen, ist um so mehr möglich, da die Besitzergruppe, von denen die Kreditgeber kamen, an der Inhaltsgestaltung der Rechtsinstitute, an der rechtsschaffende Arbeit mit großer Kraft teilnahm. Zweifelsohne ist es notwendig, daß der Pfand, die Problematik der Kreditgewährung lösende sachliche Sicherstellung, eine juristische Form bedarf. Aber auf welcher Weise? Offensichtlich soll das bisherige Prinzip verstärkt werden, d. h. das bisherige Moralprinzip zum Rechtsprinzip umgestaltet werden. Es wäre zwar möglich, eine völlig neue Konstruktion zu bilden und das Pfandrecht so zum Rechtsinstitut zu machen. Das ist aber unnötig, und auch umständlich. Das neue Institut soll auf dem alten beruhen und es nützlich machen. Die *fides* ist zum Mittelpunkt des Rechtsinstitutes zu machen. Die Verbreitung der *fides* begründet es und ist auch festzustellen, daß sie sich bis jetzt — zwar bei kleineren Forderungen — als entsprechende Sicherstellung erwiesen hat. Die römische Denkensart hätte sowieso nicht gern mit der *fides* Schluß zu machen, die im Laufe der zwei Jahrhunderte von großer Bedeutung und in der Praxis ein einsprechendes Institut war. In dieser Zeit waren übrigens die Begriffe *fas* und *ius* (sakrale- und Rechtsnormen) noch nicht getrennt. Es lag nun an der Hand, die *fides* mit Rechtskraft zu „bekleiden“ und dadurch die Gestaltung des Pfandes, als Rechtsinstitutes zu lösen. Das ist auch geschehen. Die *fiducia* erscheint, das in seinem Charakter den Gesagten völlig entspricht: 1) das Moralprinzip der *fides* wurde zum Mittelpunkt, zum Rechtsprinzip gemacht und nun bedeutete es nicht mehr nur ein Lebensverhältnis, sondern auch Rechtsverhältnis, es ist also auch ein Rechtsinstitut. 2) Die *fiducia* wurde vom praktischen Leben notwendigerweise zustandegebracht. 3) Die *fiducia* diene den Interessen der Kreditgeber. Es wäre falsch zu glauben, daß die *fides* bei seiner Gestaltung zum Rechtsprinzip seinen Moralcharakter völlig verloren hätte. Das ist schon von seiner Natur her unmöglich, und gerade dieser Gedanke ließ es weiterleben, wenn es nämlich als Institut moralischen Charakters den alten Forderungen entsprach,

durfte man hoffen, daß es auch den neuen Forderungen entspricht. Die entscheidende Veränderung liegt darin, daß die moralische Verpflichtung jetzt ausdrücklich juristische Form, Inhalt, Klageberechtigung und Sanktion hat. Das moralische Element ist nicht verlorengegangen, sondern setzt sich kräftig durch, wie man später bei der eingehenden Behandlung der *fiducia* sehen wird.

Das Erscheinen der *fiducia* kann zeitlich mit Recht auf die Jahre 550—500 v.u.Z. gesetzt werden. In dieser Zeit wirken nämlich jene Kräfte, die dieses Rechtsinstitut ausgestalteten und seine Form bestimmen ließen. Es kann für gewiß genommen werden, dass es das Zwölftafelgesetz schon kennt. Die XII Tafeln kennen nämlich die folgenden Verpflichtungsgeschäfte; *nexum*, Kauf, Versprechen in feierlicher Form (*mancipatio*) und durch Eid bekräftigt (*sponsio*), Versprechen und Annahme einer Arbeit unter Eid (*iurata operarum promissio*) und die *fiducia*. Das frühzeitige Existenz der *fiducia* ist auch bewiesen, daß ein anderes Institut — die *usu receptio* — die *fiducia* ebenfalls voraussetzt. Mit der *fiducia* erscheint nun im römischen Recht das Institut des Pfandes. Bei seiner Entstehung, Form und dem Inhalt haben, wirtschaftliche, gesellschaftliche, religiöse und andere, miteinander verknüpfte Faktoren mitgespielt.

Es ist nun unsere Aufgabe, den Inhalt der *fiducia* zu untersuchen und zu schildern, unter welchen Formalitäten die Verpfändung bei dieser Form zustande kam, da bei der Erklärung eines Institutes des *ius civile* auch die Formfragen von erstrangiger Bedeutung sind. Die *fiducia* als Rechtsprinzip erscheint in zwei Hauptvertragstypen: 1) *fiducia cum amico contracta*; hierzu gehören die kostenlosen Gefälligkeitverhältnisse, also auf alle Fälle das *depositum* und *commodatum*, eventuell der Auftrag (*mandatum*) in primitiver Form. Diese Untersuchung erstreckt sich auf diese Gruppe nicht. 2) Die *cum creditore pignoris iure contracta fiducia*. Das Rechtsinstitut des Pfandes gewinnt hier Regelung und bei weiterem Gebrauch der *fiducia* wird daran gedacht.

Die *fiducia* ist ein akzessorisches Recht, wie es Pfandrecht in jeder Form ist. Zum Pfandrecht kommt es nur, wenn eine Hauptforderung besteht, die gesichert werden muß (diese Sicherung erfolgt durch eine Sache) und wird mit der Hauptforderung aufgehoben.

Das Pfandrecht ist also ein Recht zur Garantie irgendeiner Forderung, die Voraussetzung dafür bildet eine Forderung. Nicht die Garantie bedeutet eine persönliche schuldrechtliche Verpflichtung, sondern der Umstand, daß es der Schuldner, dem der Kreditgeber eine Sache mit der Bedingung übergibt, im Falle der Nichterfüllung verkaufen darf, sich vom Verkaufspreis entschädigen kann und den übrigen Teil dem Schuldner zurückkommen läßt. Im modernen Pfandrecht ist das Prinzip der *lex commissoria* nicht bekannt, die Vereinbarung der Parteien kann nicht darauf gerichtet werden, daß der Kreditgeber die verpfändete Sache im Falle der Nichterfüllung für sich als Eigentum behalten könne. Die *fiducia* entspricht diesen modernen Pfandrechtsprinzipien nicht; so daß die *fiducia* in engem Sinne genommen Jahrhunderte hindurch das Ziel des Pfandrechts erfüllen kann: nämlich den Personenkredit durch sachlichen Mitteln zu garantieren, und dies wurde auf einer in den Rechtsregeln vorgeschriebenen Weise gemacht; und trotz seiner unvollständigen Formen ist ein wichtiges Rechtsinstitut im römischen Recht.

Die *fiducia* ist eigentlich nichts anderes, als die Formen der *mancipatio*

oder *in iure cessio* zu benutzende Übertragung, wenn der Schuldner irgendeine seiner Sachen bei den früheren Formen in Besitz des Kreditgebers übertragen läßt. Das Ziel der Besitzübertragung ist aber ganz anders als z.B. beim Kauf, dabei erfolgt die Übertragung, damit der Kreditgeber über die Sache verfügt, die im Falle der Nichterfüllung ganz ihm gehört, d.h. mit der Zeit kann er die Sache verkaufen, sich vom Verkaufspreis entschädigen; im Falle der Erfüllung hängt es aber von der *fides* des Kreditgebers ab, ob er das Eigentumsrecht an der Sache dem Schuldner zurückläßt. Im Formel *mancipatio* und *in iure cessio* kommt es zum Ausdruck, wenn die Parteien erklären, daß die Eigentumsübertragung für den Kreditgeber „*fidi fiduciae causa*“ geschehen ist, wie wir es in *Formula Baetica* (1—2. Jhdt. u.Z.) in den 3. und 4. Zeilen lesen. Der Kreditgeber hat die Fiduziapflicht, die übertragene Sache nach der Erfüllung zu remanzipieren oder für den Schuldner (*in iure*) zu übertragen. Da der Schuldner seine Sache und Eigentumsrecht nur im Falle der Erfüllung zurückbekommen hat, war er gezwungen zu erfüllen, wenn er wieder Eigentümer an der Sache werden wollte. Bei solcher Formalitäten abgeschlossener Geschäftsführung sind die Einzelheiten durchaus wichtig, was beim ganzen *ius civile* zu erfahren ist. Der Kreditgeber kauft das Eigentum an der Sache formell für ein Kupfergeld, betont aber, daß die Übertragung *fidi fiduciae causa* geschehen ist. Die *causa fiduciae* wurde im Falle der *mancipatio* in der *nuncupatio*, im Falle der *in iure cessio* in der *vindicatio* von den Parteien hervorgehoben, vielleicht wie folgt: *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio fidi fiduciae causa*. Bei dieser *mancipatio* — oder *in iure cessio* — Eigentumsübertragung ist im Hauptgeschäft selbst oder neben dem Hauptgeschäft ein anderes Pakt, das *pactum fiduciae* vorhanden, das das Eigentumsrecht nur provisorisch machte (es wirkte also auf das Hauptgeschäft) und nur ein formelles Eigentum (Garantiecharakters) zur Folge hatte. Ob der *pactum fiduciae*-Teil in die *mancipatio* — (oder *in iure cessio*) Geschäft eingebaut war, sind die Meinungen abweichend. Die Frage läßt sich, mangels zeitgetreuer Beweise, nicht entscheiden. Wahrscheinlich ist der erste Standpunkt; unter den Wissenschaftlern ist diese Anschauung kräftiger. Jedenfalls ist auch das erwähnte *vindicatio*-Formel nur eine Voraussetzung. In die Urkunde der feierlichen Handlung wurde der ganze Inhalt des Paktes aufgenommen. In Wesentlichen ist nun geschehen, daß die alten Geschäftsformen wie *mancipatio* bzw. *in iure cessio* im Interesse der Pfandziele angewandt wurden. Die Sache, die als Garantie diente, ging in das Eigentum des Kreditgebers, es war aber seine Ehrenpflicht, diese Sache im Falle der Erfüllung ebenfalls unter Formalitäten der *mancipatio* oder *in iure cessio* in Eigentum des Schuldners zurückzugeben. Wenn der Kreditgeber zum Eigentümer gemacht wurde, bedeutete es — wie man sehen wird — große Nachteile für den Schuldner und garantierte unverhältnismäßig besser die Interessen des Kreditgebers. Klar ist aber, daß die Konstruktion infolge der genannte Gründe gerade die volle Garantie der Interesse des Kreditgebers zum Ziel hatte. Der Kreditgeber — der Eigentümer geworden ist — konnte als solcher einem Dritten die Sache rechtsverbindlich verkaufen. Auch wenn der Schuldner erfüllt hatte, konnte seine Sache vom Dritten nicht zurückfordern, da er es von dem Eigentümer gekauft hatte. Gegen diese Möglichkeit war der Schuldner ursprünglich völlig unbeschützt. Bald erscheint aber die *actio fiduciae*, die jene Taten des Kreditgebers, die in der bewußten Verletzung der *fides* bestand, sanktionierte. Durch die *actio fiduciae* wird die *fides* zu einem wahren Rechtsinstitut. Sei bemerkt, daß der Praetor schon früher ge-

wissen Schutz gewährt hat, wenn er durch das *pactum fiduciae* gegen den Unternehmer *in factum actio* gegeben hat. (Marton läßt die Zeit der Erscheinung der *actio fiduciae* für die Jahre 100 v.u.Z. setzen, wenn man aber alle Faktoren nebeneinander stellt, kann es wohl schon früher gewesen sein. Die *actio fiduciae* war von doppelter Richtung: 1) *actio fiduciae directa*; dies wurde vom Schuldner gegen den Kreditgeber erhoben, wenn er die verpfändete Sache — als Eigentümer, aber die *fides* verletzend — verkauft hatte. Durch die *actio fiduciae directa* wurde der Kreditgeber im Falle der Erfüllung zur Bezahlung des Gesamtwertes der verpfändeten Sache verpflichtet, im Falle der Nichterfüllung war das Ziel, vom Kaufpreis der verkauften Sache die Summe über der Forderung dem Schuldner zu bezahlen. Im wesentlichen hat der Schuldner durch die *actio fiduciae directa* einen Schadenersatz bekommen (obwohl er auch die Wiederherstellung seines Eigentümerrechtes verlangte, war es nur selten erfolgreich, da der Kreditgeber die Sache von einem Dritten zurückfordern mußte), hat aber die dem Kreditgeber übergebene Sache nicht zurückbekommen. Eine andere Wirkung der *actio fiduciae directa* war, daß der Kreditgeber im Falle seines Erfolges durch *infamia mediata* belastet wurde. Der Kreditgeber wurde also durch das Urteil als untreuer Partei gebrandmarkt. Wahrscheinlich bedeutete diese zweite Wirkung die richtige Preventivkraft und verhinderte, daß der Kreditgeber die ihm verpfändete Sache einem Dritten nicht übertragen hat. Eine große Mangelhaftigkeit der *actio fiduciae directa* war, daß sie eine persönliche Klage ist, sie kann also nur dem Kreditgeber gegenüber geltend gemacht werden, einem Dritten gegenüber nicht mehr und so war die Rückerstattung der Sache dem Schuldner nicht gesichert. Dem Schuldner war oft sehr wichtig, daß er jenes Grundstück oder jenen Sklave zurückbekommt, das oder den er verpfändet hat. Es war kein Trost für ihn, daß der Kreditgeber durch Verletzung seiner Pflichte *infamis* geworden ist, oder daß er Schadenersatz bekam. Die *actio fiduciae* ließ also den ungerecht Handelnden schon „bestrafen“, gab aber dem Schuldner keine beruhigende Lösung; das ergab sich daraus, daß die Klage nur von obligatorischer Natur war, hatte aber keine dingliche Kraft. 2) *Actio fiduciae contraria*; das war eine den Kreditgeber betreffende Klage, und zwar darauf gerichtet, daß der Kreditgeber mit *remancipatio* die wirtschaftliche Investitionen, die er auf die Sache in seinem Besitz machte, fordern konnte.

Die Fiduziarklagen hatten zur Zeit der alten starren *ius civile* einen besonderen Zug. Obwohl auch die Fiduziarklagen aus den *stricti iuris*-Geschäfte stammen, berücksichtigt der Richter bei der Beurteilung die *aequum et bonum* Gesichtspunkte. Der Richter sah nämlich, ob der Kreditgeber untreu gewesen ist, d.h. er hat nicht so gehandelt „*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudationem*“. In diesem Fall geschah die Verurteilung.

Der Entwicklungsgang des Institut der *fiducia* kann nun in zwei Phasen geteilt werden. In der ersten kann man noch über wirkliches Rechtsinstitut nicht sprechen — obwohl die Rechtsformeln vorhanden sind — über einem wirklichen Rechtsinstitut kann man aber auch nicht sprechen, da die Fidesverletzung *iure civili* nicht sichergestellt ist. Nur als die Tätigkeit der Praetoren — die bei der Ausbildung der römischen Rechts so große Bedeutung hat — die Fiduziarklage ausbaut, wird die *fiducia* zum wahren Rechtsinstitut. Das Einbeziehen der *fides* in den *ius*-Bereich erfolgt hier vollkommen. Die erste Phase der *fiducia* ist nur ein Entwicklungsübergang vom moralisch geregelten Pfandgeschäft zum juristisch geregelten Pfand. Sie bedeutet auch jetzt Rechts-

verhältnis, da die Pfandübergabe unter juristischen Formen vollzogen wird.

Es wurde mehrmals betont, daß der wichtigste Charakterzug der *fiducia* ist, daß dadurch dem Kreditgeber Eigentumsrecht gewährleistet wird. Was ist der Grund dafür? — Die Frage stellt sich mit Recht! Zweifelsohne war diese Form, die diejenige zur Pfandgeschäftsschließung am kräftigsten anregen konnte, die fähig waren, Kredit zu geben. Da der Kreditgeber, der zum Eigentümer geworden ist, geriet auch im Falle der Nichterfüllung nicht in eine nachteilige Lage, weil er die Sache unrückziehbar bei sich hat. Abgesehen davon kann man noch drei sehr wichtigen Gründe erwähnen. Erstens, im Falle der Nichterfüllung muß der Kreditgeber die Sache verkaufen (mindestens, wenn die *fiducia* sich zu entwickeln beginnt) um sich vom Kaufpreis zu entschädigen (ausgenommen die *lex commissoria*-Bedingung, wenn er die Sache weiterhin behalten hatte). Dies war gemäß dem alten römischen Recht nur für einen quiritarischen Eigentümer möglich. Es ist also nötig, jenen, der die Sache verkaufen muß, bzw. der über die Sache verfügen will, zum Eigentümer zu machen, obgleich es auch bei Nichterfüllung hätte erfolgen können. Das wäre aber eine sehr labile Lösung. Der Schuldner hat doch gerade wegen seiner finanziellen Schwäche nicht erfüllt. Es wäre nun schwer gewesen, ihn bei Ablauf der Forderungstermins zu zwingen, auf sein Besitzstück zu verzichten, darüber nicht gesprochen, daß er selbst als Besitzer sich von der Sache schon früher trennen könnte, und in diesem Fall wäre die Sicherstellung des Kreditgebers bloße Illusion. (Dieses Problem meldet sich auch bei *pignus*.) Der zweite Grund, warum der Kreditgeber zum Eigentümer gemacht wird, ist darin zu suchen, daß das alte Rom nur zwei Formen der Geschäftsschließung kennt: die *mancipatio* und die *in iure cessio*. (Dingliches Recht war in dieser Zeit nur das Eigentumsrecht und die Dienstbarkeit.) Diese waren beide Eigentumsübertragungsgeschäfte. Die primitive Denkensart gebraucht lieber alte Formen zur Abwicklung neuer Forderungen anstatt neue Konstruktionen zu schaffen.

Die Zeit forderte die juristische Regelung des Pfandes, aber nur die Formen der Eigentumsübertragung standen zur Verfügung; die beiden mußten also miteinander verknüpft werden und so ist die *fiducia*, als Eigentumspfand entstanden. Die Tatsache der Eigentumsübertragung wird noch durch einen anderen Gesichtspunkt begründet, und zwar durch das *census*-System. Die staatliche Steuer wurde nämlich auf Grund des Vermögens festgestellt.

Ein mit Forderung belastete Vermögensgegenstand ist aber für den Schuldner wertlos, da es zu Gunsten des Kreditgebers fällt. Das Vermögen des Kreditgebers wird also durch eine bestehende Forderung vergrößert. Dieser Gegenstand ist aber nur in dem Falle zu besteuern, wenn der sichergestellte Gegenstand dessen Eigentum bildet, für wen es einen Wert bedeutet. Die der Sicherung dienende Sache wird dem Kreditgeber in Eigentum gegeben, sie bedeutet für ihn Wert, dafür trägt aber er die Lasten.

Interessant ist die Frage, wie sich das Verkaufsrecht bei der *fiducia* entwickelt. Dieses Problem erscheint in der Anfangszeit der *fides* noch nicht: erfüllt der Schuldner nicht, so ist die Fidespflicht des Kreditgebers aufgehoben und er gewinnt — jetzt nun als endgültiger Inhaber — freies Verfügungsrecht über die Sache. Natürlich fällt die Sache mit vollem Wert zu Gunsten des Kreditgebers, das Prinzip der *lex commissoria* ist im ganzen Geschäft inbegriffen. Mag sein, daß es Fälle gab, wenn der Kreditgeber dem Kaufpreisüberschuß der verkauften Sache dem Schuldner aus eigenem Wille gab (wenn

er die Sache überhaupt verkauft hatte), dies konnte aber nicht erzwungen werden. (Die *lex commissoria* bedeutete, daß im Falle der Nichterfüllung die Sache vollwertig in Eigentum des Kreditgebers kam, bzw. bei der *fiducia* in seinem Eigentum bleibt, unabhängig von der Größe der verschiebenen Forderung.) Die starke antisoziale Natur dieses Umstandes ließ sich sehr bald merken. Die Schuldner waren bald bestrebt, ein *pactum* zu schließen, in dem sich der Kreditgeber verpflichtet, im Falle der Nichterfüllung die Sache zu verkaufen und den Überschuß (*superfluum*, *hyperocha*) auszugeben. Dieses Nebengeschäft ist das *pactum de vendendo*. Durch das *pactum de vendendo* war der Kreditgeber nicht berechtigt, die Sache zu verkaufen (das brauchte auch der Kreditgeber nicht, da er aus seinem Eigentumsrecht folgend zu jeder Zeit machen kann), sondern er war verpflichtet, die Sache zu verkaufen, damit die Schuldschaden etwas zu vermindern. Das Verkaufen der Sache und die Herausgabe des Überschusses wird langsam so allgemein verbreitet, daß es als natürliche Folge des Geschäftes angesehen wird. Neben das Sicherungsziel tritt das konkrete und sofortige Befriedigungsziel. Viele Kreditgeber sind aber bereit, weiterhin nur so Kredit zu geben, wenn er im Falle der Nichterfüllung unbeschränktes Verfügungsrecht über die Sache bekommt. Der in Geldnot geratener Schuldner ist auch unter diesen Bedingungen bereit, Kredit aufzunehmen und sie vereinbaren sich mit der Extrabedingung (*lex commissoria*), daß der Schuldner im Falle das Ausbleibens der Dienstleistung vom Kreditgeber nicht zu fordern hat. Das Prinzip *lex commissoria* erscheint nun schon an Anfang der *fiducia*, jetzt wird es unter Extrabedingungen durchgesetzt. Die *lex commissoria* ist auch bei den übrigen Pfandgeschäften möglich, aber wegen ihres ausbeutenden Charakters ließ sie Kaiser Constantinus in einer Verordnung endgültig verbieten.

Es wurde schon öfters erwähnt, daß der Kreditgeber bei der *fiducia* Eigentumsrecht über die übergebene Sache gewinnt. Man muß aber feststellen, daß dieses Eigentumsrecht von spezialem Charakter ist und sich durch mehreren Zügen vom normalen unterscheidet. Genauer: 1) In der Formel des Eigentumsübertragungsgeschäftes weist der Satz *fidi fiduciae causa* darauf hin, daß es hier nur um provisorische und nicht um ständige, ferner nur um formale und nicht um sachliche Eigentumsübertragung handelt. 2) Durch die *actio fiduciae contraria* hatte der Kreditgeber eine Klage, wodurch er den Ausgabenersatz jener Sachen forderte, deren Eigentümer er selbst war. Im Falle eines wahrhaftigen Eigentums ist es unvorstellbar, daß jemand die Ausgaben im Zusammenhang mit einer Sache, die sein Eigentum bildet, von einem anderen fordert. 3) Im Vergleich zur ordentlichen Ersitzung weisen die Erleichterungen in der im Folgenden zu behandelnden *usureceptio* darauf hin, daß hier das Recht des Schuldners nicht aufgehoben sondern nur verhängt wurden. 4) Die Frucht der übergebenen Sache gebührt dem Eigentümer durch Extrabedingung nicht, genauer gesagt, diese kann für Tilgung des Kapitals bzw. der Zinsen verwendet werden (*cum pacto fiduciae*). Dies alles läßt den Charakter der *mancipatio sub fiducia* (*mancipatio sub lege remanicipationis*) Geschäfte widerspiegeln, die besonderes Eigentum zur Folge haben.

Nach alldem muß man mit der Frage der *usureceptio ex fiducia* beschäftigen, das bei eingehender Behandlung der *fiducia* keineswegs wegbleiben darf. Die *usureceptio* ist nicht anderes als eine Ersitzungsform, und als solche läßt sich von der normalen Ersitzung unterscheiden. Wie gesehen,

mußte der Schuldner den Kreditgeber zum Eigentümer machen, er konnte es aber erst rechtsgültig machen, wenn die konkreten Formalitäten der *mancipatio* oder *in iure cessio* angewendet wurden. Nach der Erfüllung hatte aber der Kreditgeber die Aufgabe, jetzt wieder den Schuldner zum Eigentümer zu machen. Dies konnte nur in den beiden Formen der Eigentumsübertragung erfolgen, die zur Verfügung standen. Es kam aber vor, daß es bei Nichteinhaltung der nötigen genauen Formalitäten geschah, das wieder zur Folge hatte, daß es als nichtgeschehen bezeichnet wurde (es war nur eine einfache Übergabe), und es konnte sogar vorkommen, daß die Sache auf andere Weise (nicht aber durch *furtum*) in die Hände des Eigentümers kam. In solchen Fällen wurde der Schuldner als früherer Eigentümer durchs Recht gebilligt, und die Ersitzung von einem Jahr ersetzte die formalen Mangelhaftigkeiten bzw. das Ausfallen des Rückübertragungsgeschäftes — „*id quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem*“.<sup>8</sup> Eine grundlegende Voraussetzung dieser Ersitzung ist, daß die Schuld bezahlt ist. Übrigens hat man das ein Jahr friedlich abzuwarten, obgleich im Besitzform, im Falle von Mobilien wie auch von Immobilien. (Gemäß dem Zwölftafelgesetze war die Ersitzungszeit bei Grundstücken 2 Jahre.) Es ist nun klar, daß beim Mieter oder Prekarist vergangene Zeit zum Besitz nicht anzurechnen ist. Der gute Glaube (*bona fides*) bzw. Titel war nicht nötig. Wie Gaius sagt „*omni modo competit usureceptio*“. Die Besitzqualität wird nicht untersucht, nur so viel, daß der Verpfänder die Sache bei sich hat. Die *usureceptio* hindert die *conscientia rei alienae* nicht. Die *usureceptio* ist ein uraltes Institut, dessen Existenz nur bei Fiduziargeschäften berechtigt ist.

Von der allgemeinen Regel, nämlich daß die Sache seitens des Schuldners dem Kreditgeber übergeben wird, besteht die Möglichkeit einer Ausnahme, die von großer Bedeutung ist. Mag sein, daß der Kreditgeber die ihm zugelassene Sache dem Schuldner als *precarium* zurückkommen läßt. Er überläßt also dem Schuldner das Benutzungsrecht an der Sache. Dies läßt sich damit erklären, daß es den Kreditgebern sehr schnell bewußt wurde, ihre Forderung wird am sichersten befriedigt, wenn das Benutzungsrecht an der Sache dem Schuldner nicht entzogen wird. Der Schuldner mußte nämlich wichtige Produktionsmittel verpfänden, da der Kreditgeber nur wertvolle Sache gern entgegennahm. Wenn aber diese Produktionsmittel (z. B. Zugvieh) aus den Händen des Schuldners kommen, so hat er kein Mittel zur Arbeit, wodurch er nichts verdienen kann und beginnt sich zu verarmen oder seine Armut wird noch größer, was zur natürlichen Folge die Nichterfüllung hat. Es steht im Interesse des Kreditgebers, dies zu verhindern, so sichert er dem Schuldner Benutzungsrecht. Seine Forderung ist auch so in vollem Maße garantiert, da er das Eigentumsrecht nicht übertragen hat, und auch die Instandhaltungs- und Bestellkosten den Schuldner (*precarista*) belasten. Das *precarium* läßt einem großen Fehler der *fiducia* verschwinden und bildet einen entwickelten Form des *fiducia*-Pfandes.

Bis jetzt wurde versucht, die wichtigsten Charakterzüge der *fiducia*, die erste Entwicklungsstufe des römischen Pfandrechts zu erläutern. Die nächste Aufgabe kann nur sein, die Struktur der *fiducia* kennengelernt, sie zu werten, auf ihre Bedeutung kritisch hinzuweisen und die Mangelhaftigkeiten zu erläutern.

Es wurde schon vorher gesagt, daß es in der Literatur zahlreiche Auffassungen gibt, die die pfandrechtliche Natur der *fiducia* verneinen. Es besteht



kein Zweifel, daß mehrere von den Grundsätzen des modernen Pfandrechtes in der *fiducia* nicht vorhanden sind. Es ist ebenfalls klar, daß es sich um ein Institut handelt, das keine selbständige Form hat, und künstlich an ein anderes Geschäft geknüpft ist; es ist sicher, daß man von einem Pfandrecht sachlichen Charakters keineswegs sprechen kann, und es erfolgt auch erst später, daß der Kreditgeber die Sache nicht einfach in seinem Besitz hält, sondern sie verkauft und den Kaufpreisüberschuß herausgibt. Juristisch ist die Rückgabepflicht der dem Kreditgeber zugelassenen *fides* nicht vollständig, dem abzuhelpen vermochte die ausdrückliche Klage nur zum Teil, da dies vom obligatorischen und nicht vom dinglichen Charakter war. Trotz alledem hatte die *fiducia* dasselbe Ziel als die späteren Pfandrechte: durch Beschlagnahme einer Sache eine Forderung zu sichern. Es ist wahr, daß die Sicherheitsleistung ungleich ist, aber die Erklärung dafür war schon genannt. Über den „antisozialen“ Charakter der *fiducia* nicht gesprochen muß man doch sagen, daß die *fiducia* doch pfandrechtliche Elemente enthielt, demzufolge kann es seinem Inhalt und Zweck nach als pfandrechtliche Institution betrachten. (Vom entwickelten Pfandrecht kann man in Rom erst viel später, erst nach der *actio quasi Serviana* sprechen, dies betraf aber die *fiducia* nicht, nur das *pignus* und die *hypotheca*.)

Die Kritik der *fiducia* — wie es nicht selten auch im Falle des übrigen Pfandrechtes zu machen ist — sollte man damit beginnen, daß die Pfandrechtsformat ein durchaus gefährliches und zweiseitiges Institut ist. So sehr die Pfandrechte im Verkehr, bei Kredit und im Wirtschaftsleben nützlich sein können, da durch Kapitalkredit viele neue blühende Möglichkeiten verwirklicht werden können, kann es genau so zur Verarmung, wirtschaftliche Abhängigkeit ganzer Bevölkerungsschichten führen, oder sie können zum Werkzeug gemacht werden. Der Kredit wird gewöhnlich von Armeren gegeben und von Reichen gewährleistet. Wer in Geldnot geraten ist, ist gezwungen, die Bedingungen des Kreditgebers anzunehmen, um seinen wirtschaftlichen Zerfall zu vermeiden. Wenn aber die Bedingungen schwer sind, ist die Katastrophe nur provisorisch beseitigt, der verhältnismäßige oder absolute Zusammenbruch ist aber nicht zu vermeiden. Der Wucherzins und Pfand sind die zwei sichersten Mittel, wodurch die wirtschaftliche Unterdrückung erfolgreich gesichert werden kann. Und die Verarmung des römischen Volkes ist — unter anderen — dem zu verdanken. Der römische Bürger ist immer im Krieg. Sein Feld bleibt unbearbeitet oder wird von anderen bearbeitet. Sein Ausfall vom Wirtschaften bedeutet einen großen Nachteil, den er nur durch Kredit ersetzen kann. Der Kredit wird aber nicht für billig gegeben. Die Erfüllung ist immer schwieriger, schließlich kommt alles aus den Händen des Verpfänders. Bei der finanziellen Abschwächung spielten aber auch andere Gründe mit. Die ungerechten Pfandgesetze — die sind im Altertum nicht selten — können zum richtigen Gewehr der wirtschaftlichen Unterdrückung, Ausbeutung werden, zugleich kann aber der unbeschränkte Pfandwirtschaftlich durchaus wichtige Wirkungen erzielen.

Es besteht kein Zweifel, daß die *fiducia* (Eigentumsübergabe dem Kreditgeber) strukturell sehr geeignet ist, schwere wirtschaftliche Nachteile hervorzurufen. Diese Wirkung ist auch bei der Hypothek wahrzunehmen, obwohl dies in Rom nicht so gefährliche Folgen hatte, wie z.B. in den feudalen Zeiten.

Die Mangelhaftigkeit der *fiducia* können wie folgt zusammengefaßt werden: 1) Totale Sicherung der Interessen des Kreditgebers, Vernachlässigung

der Interesse des Schuldners, das die wirtschaftliche Auslieferung zur Folge hatte. 2) Das Pfandgeschäft ist in eine andere Geschäftsform eingebaut, demzufolge ist das Pfandziel nur ein unmittelbarer und kein direkter Gesichtspunkt. 3) Nur eine für *mancipatio* und *in iure cessio* geeignete Sache kann verpfändet werden. 4) Die Übergabe des Pfandgegenstandes bringt mit, daß dieser zur gleichen Zeit nur eine Forderung sichern kann, obwohl diese Sache seines Wertes wegen die Sicherung für mehrere Forderungen einschließen könnte. 5) Die *fiducia* als Pfandgeschäft ist nur unter Bürger (oder Latinen) möglich. 6) Die Nutzungsmöglichkeit an der Sache ist dem Schuldner durch Übergabe der Sache entzogen, das wirtschaftlich sehr schädlich ist (ausgenommen das *precarium*). Der schwerste Nachteil ist das aus dem Satz 1. abgeleitete Kreditgebersrecht, das die Entwendung des Pfandgegenstandes vor der Erfüllung ermöglicht, und wogegen der Schuldner in dem Sinne wehrlos ist, daß er nur Schadenersatz bekommt, nicht aber die Sache. Die Bedingung *lex commissoria* ist besonders von ausbedeutendem Charakter, wobei der Kreditgeber endgültiger Inhaber eines wertvolleren Gegenstandes wird, als die Forderung selbst ist (deshalb wurde das vom Kaiser Constantinus verboten.) Darüber war ober bei Bekanntmachung der Thesen der *fiducia* eingehend gesprochen, diesmal sollte es nur zusammengefaßt werden.

Die *fiducia* bringt noch weitere Nachteile mit, auch wenn nicht aus dem Gesichtspunkt der juristischen Qualifizierung. Genauer gesagt, der Kreditgeber war es, der für die Instandhaltung zu sorgen hatte, sonst kann in der Klage auf Herausgabe Nachlässigkeit festgestellt werden (das hat wohl ein Grund dafür gewesen sein können, daß in Rom, in den Anfangszeiten auf die persönliche Sicherung größerer Wert gelegt wurde als auf die sachliche Sicherung.) Das wurde vom Betroffenen sicher einigermaßen als Last betrachtet. Der Schaden des Schuldners ist viel größer, wenn er die Sache herausgibt, vermindert sich dadurch sein Vermögensbestand. Trotz der vielen „Fehler“ ließen die Notwendigkeit des Kredits seitens des Schuldners, die große Sicherung des Kreditgebers auch trotz der kleineren Lasten, bzw. der Anspruch auf Sicherung auf der anderen Seite, die sich aus den unruhigen politischen Kämpfen, Kriegen, den wirtschaftlich schwachen Jahren, der Verarmung ergeben, wurden die primitiven Formen aufrechterhalten und geltend gemacht.

Das Bild wäre nicht vollständig, wenn neben dem *fiducia* auch die anderen kreditgewährleistenden Institutionsformen der Anfangszeiten nicht kurz überblickt würden. Die sachliche Sicherung hat keine Form, die persönlichen Sicherungen dagegen sind bekannt. So z.B. das *nexum*, wobei die Nichtbezahlung der Kreditsumme schwere Folgen mitbringt. Manche meinen, dass diese Wirkung Selbstverpfändung bedeutet (der Standpunkt von Mitteis), andere sind der Meinung, daß der Nichterfüller von der grausamen *manus iniectio* geschlagen wurde. (Dieser Meinung ist die Mehrheit der Fachleute so auch Marton.) Neben den anderen Vertragsformen wurde das *nexum* langsam vergessen. Eine andere Sicherungsform ist die Bürgschaft. Dies ist eine ungern gebrauchte Form, weil dadurch die Verantwortung geteilt wird, vollkommene Garantie aber nicht gewährleistet. Daneben muß man noch das *vadimonium* erwähnen, das durch die Bürgschaft ersetzt wird. Die XII Tafeln kennen schon diese Geschäftsformen.

Den letzten Teil der Untersuchung des Instituts der *fiducia* bilden zeitlichen Fragen. Die *fiducia* ist nicht anderes als die juristische Gestaltung des Fiduciaprinzips. In der Entwicklungsgechichte der *fiducia* gibt es eine Zeitpe-

riode, als die Fidesverletzung noch keine Klagerecht sichert, die juristische Form aber schon vorhanden ist. Der Praetor gibt die Aktionen an, und das richtige Rechtsinstitut entsteht. Aus einem anderen Gesichtspunkt kann man eine doppelte Phasenverteilung machen: in der ersten Periode wird das provisorische Eigentum in Falle der Nichterfüllung endgültig, in der zweiten Periode wird es mit der Verbreitung des Gedankens des *pactum de vendendo* allgemein, daß die Sache verkauft wird, vom Kaufpreis der Kreditgeber befriedigt und der Verkaufspreisüberschuß dem Schuldner zurückgegeben wird. In der ersten Phase gehört die *lex commissoria* zum Geschäftswesen und der Verkauf mußbedingt werden, in der zweiten Phase ist das Verkauf- und Befriedigungsprinzip allgemein und das *lex commissoria*-Prinzip wird nur unter besonderen Bedingungen geltend. Wegen der Mangelhaftigkeiten wird mit der Zeit die Bedeutung der *fiducia* immer kleiner und seine Rolle haben der Faustpfand und Hypothek übernommen, die das Pfandziel vollkommener verwirklichen können. Das sind schon richtige Pfandrechte (besonders seit der *actio quasi Serviana*) und die Geschäftsschließung ist bei diesen wesentlich einfacher als die schwierigen Formalitäten bei den fiduziarischen Geschäften, die die Gebundenheit des *ius civile* zeigen. Das in der Bedeutung zurückgefallene *fiducia* bleibt aber noch lange erhalten und erst Justinian läßt es als völlig veraltetes Institut endgültig aufheben.

Die *fiducia* konnte Jahrhunderte hindurch einen wichtigen Zweck dienen. Objektiv muß man aber feststellen, daß seine Bedeutung nur verhältnismäßig ist, einerseits weil die Sicherungsleistung gemäß des römischen Denkens — wenigstens in dieser Zeit noch — mittels der persönlichen Sicherung erfolgreicher ist. Andererseits waren aber die wirtschaftlichen Verhältnisse noch enger, die Produktion einfacher, das Kreditleben war bei weitem nicht so rege wie in den späteren Zeiten. Den Anforderungen der Zeit konnte die *fiducia* noch entsprechen, als es aber zum großangelegten Kreditleben kam, war die *fiducia* nicht mehr geeignet, dem zu dienen und ging langsam auf das Aussterben zu, das aber erst später, zur Zeit von Justinian geschah. Daß es auch in späteren Jahrhunderten vorkommt, läßt sich damit erklären, daß dadurch das Interesse des Kreditgebers so fest gesichert war, daß dem in Geldnot geratenen Schuldner manche Kreditgeber nur so Kredit leisteten.

#### LITERATURVERZEICHNIS

1. Czyhlarz, K.: A római jog institúciói (=Institutionen des römischen Rechts). Budapest, 1936.
2. Dezső, Gyula: Ingó jelzálog (=Hypothek an Mobilien). Budapest, 1927.
3. Erbe, W.: Die Fiduzia im römischen Recht. Weimar, 1940.
4. Farkas, Lajos: A római jog történelme (Geschichte des römischen Rechts) Kolozsvár, 1906.
5. Hock, H.: Die fiducia cum amico contracta. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (=SZ) 10 (1889) 82 ff.
6. Kaser, M.: Das altrömische ius. Göttingen, 1949.
7. Kreller, H.: Formula fiduciae und Pfandedikt. SZ 62 (1942) 143 ff.
8. Krüger, H.: Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia. SZ 11 (1890) 164 ff.
9. Longo, C.: La fiducia. Corso di diritto romano. Milano, 1933.
10. Manigk, A.: Zur Geschichte der römischen Hypothek. Breslau, 1904.
11. Mommsen, Th.: Römisches Staatsrecht. III/1. Leipzig, 1887. (Über die fides publica).

12. Mäsekin, N. A.: Az ókori Róma története (=Geschichte des antiken Rom). Budapest, 1951.
13. Marton, Géza: A római magánjog elemeinek tankönyve. Institutiók. (=Lehrbuch der Elemente der römischen Rechts. Institutionen). Debrecen, 1943.
14. Nowizkij, I. B. — Peretjesky, I. S.: Rimskoje tschasznoje pravo. Moskau, 1948.
15. Pólay, Elemér: Római jogtörténeti előadások vázlata (=Skizzen der Vorlesungen über die römische Rechtsgeschichte). Szeged, 1949.
16. Pázmány, Zoltán: A római jog institutiói (=Institutionen des römischen Rechts). Karcag, 1927.
17. Rabel, E.: Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht. SZ 26 (1906) 290 ff.
18. Schulz, F.: Prinzipien des römischen Rechts. München—Leipzig, 1934.
19. Schwarz, Gusztáv: Institutiók és Pandekták (=Ins. und Pand.). Zsammengestellt von Béla Besnyő, Budapest, 1900.
20. Sohm, R.—Mitteis, L.—Wenger, L.: Institutionen. München—Leipzig, 1931.
21. Személyi, Kálmán: Római jog I—II. (Röm. Recht). Nyíregyháza, 1932.
22. Személyi, Kálmán: Elidegenítés és rendelkezés (=Veräußerung und Verfügung). Nagyvárad, 1918.
23. Szentmiklósi, Márton: A római jog institutiói (=Ins. des röm. Rechts)<sup>10</sup> Budapest, 1922.
24. Vécsey, Tamás: A római jog institutiói (=Institutionen des römischen Rechts). Budapest, 1907.

NÓMOS and NÓMISMA

**Comments on Inflation in the Roman Empire**

1. Aristotle stated (Eth. Nikom. V,3) that money is called *nómisma* because its value is not based on nature but on a norm (*nómos*). This is in my opinion a fitting characterization of the problems of the money unit, true in a very profound sense. If the value of money is based upon a social norm, this means that the problems of inflation call for an analysis of the *reasons* affecting the adherence to legal or other social norms.

This leads us to the methodological problem of a (causal) *explanation and understanding* of human behaviour (von Wright 1967). If inflation is conceived of as a problem concerning adherence of human behaviour to norms, it should be *understood* as a process of *human reasoning*, not a phenomenon *caused* by certain factors.

The present paper is based upon a more comprehensive study on Roman inflation: it is in my opinion suited to a sample of studies in honour of Elemér Pólay, who is a grand-master in questions pertaining to the differentiation of social norms in Rome. Inflation is in my opinion a problem concerning the *limits of law and other social norms* (see in a greater detail Klami 1983).

2. The main idea of the present analysis is delusively simple. The ancient inflation is a very complex phenomenon concerning human reasoning. It cannot be either explained or understood by reference to *one fact*. The main problem is the strength of the Aristotelian *nómos* of *nómisma*: why do people trust in money — or distrust it? The problem of the efficacy and validity of social norms is very complex indeed (see Klami 1983). In this case the problem is even more perplexing because money is the measure of very different commodities. According to this basic methodology inflation is a *normative problem* — in a certain manner similar to such problems as criminality etc. Therefore it calls for a (qualitative) *model of understanding* behaviour and not for a *quantitative* explanatory model. Therefore I have taken the liberty of expressing my opinion on a very difficult problem of economic theory of which I am not an expert (cf. Schneider 1965).

3. The main features of the Roman inflation are relatively well known (see, e.g. Segrè 1941 and 1943, Mickwitz 1932a, 1935) and need not be analysed here in detail. It is sufficient to mention them:

(3.1.) The almost continuous depreciation of the main coinage, the imperial *silver money* beginning in the time of Nero; the coins of the young Nero contained still 93,2 pct silver, but the content was under Septimius Severus

only very slightly over 50 pct., under Gallienus only few pcts and under Diocletian no more than 2,5 pct. Silver coins were then only seemingly silver money (Mickwitz 1933, Mickwitz 1935).

(3.2) Inflation went on. If the level of prices under Antoninus Pius is marked with the index figure 100, we are during the last years of Marcus Aurelius already at 107—113 and under Gallienus at 160—180; but later the variation of prices was — at least in Egypt — stronger still. The value of the denar in a.D. 301 is marked with 100, but in 307 the figure was already 300 and seven years later, i.e. 314 not less than 2800. On the other hand, a certain deflation took place, but already a.D. 341 the index was as high as 206.000, being five years later again 86.400 (Mickwitz 1935).

There have been very numerous attempts to explain inflatory tendencies in the Roman empire (e.g. Rostovtzeff 1929, Frank 1959, Finley 1973). The theories proposed are similar to the present discussion concerning monetary v. demand-supply explanation of modern inflation. It is sufficient to mention central tendencies and theories:

(a) The quantity of money increased, thus causing inflation. This was the theory of Gunnar Mickwitz who in the thirties delivered very important contributions to the theory of ancient Roman economy (Mickwitz 1932a). To Mickwitz the prices were determined according to the following function, based upon the quantity of money:

$$P = \frac{MV}{T}$$

where P = the price level, M = the quantity of money, V = the velocity of its circulation and T = the extension of exchange of goods and money.

It is to be noted that this function was according to Mickwitz not only a definition; it is understandable that Mickwitz and other authors adhering to this kind of theory did not want to exaggerate the inflation as a factor influencing the structure of economy. Mickwitz did not think that inflation should have caused a return to an economy based upon exchange of domestic products (even if there were certain such tendencies, cf. Mazzarino 1951).

(b) It is also often claimed that the spendthrift Emperors caused the economy of the Empire to come to a disorder. This is particularly stressed by ancient historians (Suetonius, Zosimos, Zonaras etc.) who tell us astonishing (and often unreliable) stories about the vices and stupidities of the Emperors (cf. Mickwitz 1932b; Syme 1930).

(c) Reorganization of the army is often said to have been the cause of inflation: when the wages of the soldiers rose and began to be paid in cash instead of being hoarded in the treasuries of the paymasters, and the soldiers were allowed to marry and have families in the barracks, the places where the units of the army were located became centers of consumers, consumption — and demand (cf. Bruun 1965). But it would surely not be correct to establish a causal connection with the alleged growth of the army and the equally improbable general decrease of production of commodities (cf. Visky 1983, p. 233 et seq.).

(d) On the other hand, there are different attempts to explain inflatory phenomena by factors pertaining to fluctuations of demand and supply. The most "natural" explanation of this kind is a reference to changing harvests of

different sorts of grain. But this would only imply a change of supply; a major part of the population lived in conditions near to the *minimum demands of existence* (Frank 1959).

4. In my opinion, however, all these explanations are *insufficient* or misleading — just because they are explanations, alleged *causes* of inflation. The main problem is that the inflatory tendencies are during certain periods — at least in Egypt — so strong that one cannot easily explain them by referring to a *linear mathematical function*. The quality of money did not decrease in such a manner that it could explain inflation; the value of gold coinage decreased even if one cannot assume that the *amount* of *aurei* or *solidi* should have increased in a corresponding manner; on the other hand, it is clear that the *gold content* of this kind of coinage did not decrease (cf. Segrè 1943).

Certain partly unexpected events could of course *cause* inflatory tendencies by influencing human reasoning but their strength is very difficult to estimate. During the 2nd and 3rd centuries A.D. there were severe disturbances of civil life. Of course these phenomena were partly only local. In places where troops invaded, prices almost inevitably rose. On the other hand, fluctuations of harvest were not *unexpected*; they belonged to the normal sphere of experience of people. But they could "cause" remarkable *uncertainty* (Rostovtzeff 1929).

In this situation certain aspects of norm-formation are to be taken into consideration. There is a basic transformation behind social norms — legal and other. *Teleology* — with its cognitive and evaluative components. — is *transformed into normativity*. But this transformation is not complete or final: normativity is to be *revised* if knowledge or evaluations are changed (Klami 1983). The value of money is based upon certain assumptions of *ceteris paribus*. A certain fluctuation of the prices is hereby assumed — in our days also a certain inflation belongs to the iron core of the cognitive aspect of the legal and other social norm-formation.

But there are situations where the basic assumptions of *ceteris paribus* are shaken. In these situations the change of the relevant background assumptions cannot be conceived of with the help of a model of thinking of a deterministic kind. We can draw up a function but there are too many *stochastic* elements in it: How are certain relevant states of affairs going to *develop*? — and, what is perhaps even more important: How are other people *reacting* to the changes?

When we are trying to *understand* inflation we should be well aware of the fact that we cannot fully *explain* inflation: the models used are not regular, there is no linear regularity: the reactions of men toward stochastic phenomena are often disproportional when compared to the *quantitative relevance* of the uncertainty in question. E.g.: an Emperor is letting the silver content of silver coinage to sink. A sinking of this kind, say, 10 per cent, cannot, of course, explain an inflation of 50 per cent — but it can make it understandable because reactions of men in conditions of uncertainty concerning social norms are *not linear* in comparison with the change of the uncertain aspects of the situation; it is also clear that such a sinking of the silver content of money cannot explain the growth of the quantity of money in such a manner as the quantitative and monetarian models presuppose it (cf. Schneider 1965).

5. There were in the Roman Empire mechanisms creating — or tending to create — *demand-supply-inflation*. I try to describe the main mechanisms very briefly.

(I) The imperial economy and administration was responsible for the grain supply of Rome: there was an organization headed by the *praefectus annonae*, which collected the victuals needed. The methods were of two kinds: (a) land taxes were paid *in natura* (b) purchase (cf. already Rodbertus 1865, and recently, Hamza 1981).

(II) Italy and especially the regions near Rome had a "surplus population" whose standard of living and number was unproportionally high when compared to the basic production of Italy. One may say that there was a permanent *deficit of the balance of trade* for Italy in the Roman Empire. The balance of payment was, of course, adjusted with the help of taxation and other means of exploitation (cf. Rostovtzeff 1929 I, 87; 164 f; Syme 1930).

(III) The basic production of the Empire — e.g. the harvest of grain in Egypt — was variable depending, *inter alia*, on weather circumstances.

(IV) Later, especially during the 3<sup>rd</sup> century A.D. internal wars caused serious disorder and uncertainty in central areas of the Empire. The trend was, however, clear: the old „provinces" and similar areas had become both politically and economically more independent than earlier. In a corresponding manner the central position of Rome and Italy in the Empire slowly but surely weakened (on the whole problem see Vogt 1965).

There was a certain mechanism in the economy of the Empire which promoted inflatory tendencies. When Italy needed grain, the Emperor could provide for it through taxes or by paying for it. The Emperor was, moreover, legally entitled to issue money which was valid in the whole Empire.

Let us now assume that the harvest had been bad. This (a) tended to *reduce the flow of the land taxes paid in natura* (b) but because of the limited supply of grain also caused a *tendency to raise the prices paid for grain*.

It is also important to note that the grain trade was subject to private speculation. *Lex Iulia de annona* which was issued in the beginning of the principate tried to prohibit different methods of private speculation, such as private contracts or cartels (*societas*) with the aim to make the *annona* more expensive, or attempts at delaying grain ships from coming to Rome. But the sanction was according to Ulpian a relatively small fine (20 units of golden money, itp.) (See Ulpian, D. 48. 12. 2; cf. Hamza 1981).

It is probable that this statute was ineffective; Ulpian tells us that the punishment had later been made more severe. Now — probably in the Severan time — the prohibition of cartels for purchase of victuals was also applied to other victuals than grain; the "hoarders", called *dardanarii*, could now lose their rights as merchants; moreover, even relegation could come into question (Hamza 1981). The new statute belonged to the edict of the proconsuls; this seems to indicate that the problem was now more crucial than ever and in particular in the *provinces*. *Lex Iulia de annona* referred still clearly to *Roman* speculants, but they evidently did no longer possess the control over the trade (see Ulpian D. 47. 11. 6 pr).

But neither did the imperial administration have the control over the situation. *Legislation has its limits* in the (normative) *structure of production and trade* (cf. Junnila 1947). Criminal sanctions alone cannot prevent speculation, unless the legislator can control the whole market. This was not the



case. It was also apparent when Diocletian's well-known price edict failed to fix real price ceilings one hundred years after Ulpian's commentary on the edict of the proconsuls. Very simply: if the legal prices of certain goods do not correspond to the prices conditioned by the market situation including demand and supply, the commodities in question tend to *disappear from the controlled market* — if it is possible to store them, they become "hoarded," or otherwise a black market is born. This is rather trivial national economics — but how often have those in power over-estimated the effectiveness of their will and commands. One cannot blame Roman Emperors too heavily for their lack of insight in economic questions because governments in our days still make the same *mistakes* in over-estimating the impact of legal norms on the economy-based social norms which govern the behaviour of the more or less "economic men" (cf. *Adam Smith*) of the society:

(a) that it is possible to solve problems concerning "business cycles" or changing conditions of demand and supply by resorting to *monetary* methods alone;

(b) that ineffective legislative measures cause no harm because they remain ineffective if they miss their aim; in fact they, however, often give rise to serious disorder, because they are adversely affecting the *conformity of economic behaviour*. In short, they *cause uncertainty*, and this is easily visible in the value of money just because it is based in a "*nómos*" and not on nature.

It was for the Emperors easier to pay the prices demanded for victuals (and other commodities) than to regulate the prices: the Emperors could issue new money (cf. *Syme 1930; Mickwitz 1932b*). The supply of gold and silver was of course not unlimited but the invention of issuing "bad" money with a lesser silver content helped to some extent. Emperors since Nero made small "adjustments" of the silver coinage which sank from 93 pct (Nero in the beginning) to 84 (Trajan), to 74 (Septimius Severus), to 44 (Alexander Severus), to 20 (Valerianus) and to 2,5 (Diocletian). It should be stressed, however, that this decline was relatively slow (except for the 3<sup>rd</sup> century) and the "adjustments" small; there were during the reign of the same Emperors different silver contents. Some Emperors apparently tried to issue *better* money: Volusianus let the silver content raise to 61 pct from 35 (Gallus). This was probably one method to take up fight against inflation. It is, however, easy to see that inflation cannot be *caused* by such measures as augmenting the amount of money circulating in the economy. The differences between new money and old money were not very big; in fact the Emperors tried to keep the deterioration of money secret in order to maintain the *nominal value equality* between old and new money. The amount of new money could never have been very big, because the supply of silver was limited.

Increase of money — and bad money to boot — cannot, however, have been so great that it could have *caused* heavy inflatory tendencies; at least the dependance between the amount and quality of money and inflation is not a linear function.

But monetary aspects are an important part of the economic reasoning, and monetary measures of the Emperors could "cause" uncertainty. This was particularly so because they often *coincided with bad harvest* and scarcity of commodities or with internal disorder, aspects which already *as such* caused uncertainty. When the emperors reacted to such events by increasing the

amount of money, the result of the reasoning in economic interaction was easily a lack of confidence in money, but the reactions of the economy could vary in different times and in different parts of the Empire.

It is important to note that inflation also affected *good money*: the value of *gold* coinage sank even if one could not think that its amount should have much increased.

6. Normative regularities concerning the value of money are more or less clearly expressed in certain *legal* mechanisms. In our days it is relatively easy to foresee inflation: the economic regularities are well-known, and there are *prognoses* which — as social prognoses often do — *affect the reasoning* of the men whose behaviour is their object. *Expected* inflation and numerical *prognoses* concerning it become parts of reasoning. In antiquity there were no such prognoses; moreover, certain modern institutions which create regularity were unknown (banks, especially central banks with powers to regulate the rate of interest etc.). Banks had other functions (Boulvert 1968; Klami 1969).

There are in our days certain contractual methods to take account of inflation; but if such methods are lacking, this fact *contributes to uncertainty* and, accordingly, affects adversely the value of money. We can only very briefly treat of these methods.

(a) *Rate of interest*. In Roman Law the rate of interest was relatively inflexible: the *legitimae usurae* did not allow for legal methods for taking account of inflation. There may, however, have been illegal rates of interest — e.g. the *mora* clause of *paratheke diplo* was probably in certain cases used in order to surpass the maximum rate of interest.

(b) *Index clauses* were of course unknown. But to a certain extent the law concerning *laesio enormis* in the contract of sale was a primitive substitute for such clauses. It is not completely sure whether these norms were introduced by Justinian or whether they were earlier. In my opinion this device can be traced back to the period of the big inflation, i.e. to the end of the 3rd century a. D. According to this doctrine such contracts of sale could be invalidated or adjusted where the stipulated price was less than 50 pct of the day value of the object (C. 3. 4. 46. 2): this was later, also during the Middle Ages, developed to a moral philosophical doctrine of *pretium iustum*. (I agree with Visky when he declines the usual interpolation assumptions concerning the Diocletian texts, see Visky 1983 p. 24 et seq. But why should the judicial practice have ignored recently established norms concerning just prices and the *laesio enormis* — until Justinian restored the spirit of Diocletian's regulation? Despite Visky's acute remarks this still remains to be explained.) Concrete regulation of prices cannot, however, have any great impact upon the price level. It covers only a small part of the cases.

(c) *Identity of coins and inspection of the quality and weight of money* played a relatively important part in everyday economy in Rome. Inspected money was put in bags with closing "bricks," *tesserae nummularie* (Klami 1969). But even if there are in the papyri certain clauses specifying the money to be used (*kainon nomisma*) (*palaion nomisma*), these references are an exception to the rule which was clearly *nominalism*.

The primitive state of the legal methods for taking account of inflation undoubtedly *contributed to the uncertainty*.

It is, however, obvious that *inflation as such* was not considered as a big problem. Therefore it is understandable that Roman Emperors were more

interested in getting the grain which Italy and the Roman man of the street (taken in a literal sense) demanded. Plinius praises Trajan for his efficient methods of purchasing grain: he let his *negotiatores frumentarii* pay as much as was demanded, all this in order to guarantee the availability of victuals in Rome and Italy (Plinius, Paneg. 29. 3. 5). But Trajan had to issue bad money (cf. Syme 1930), too; on the other hand, a steady flow of grain to Italy entailed scarcity in *some other place*. If the place in question simultaneously got a considerable amount of (new, bad) money, this could lead there to unforeseeable inflatory tendencies.

7. Adherence of people to legal or other social norms is connected with teleology consisting of cognitive and evaluative components. Uncertainty concerning teleology may entail that also social norms are felt as uncertain. This is in my opinion the case also as to phenomena of inflation.

The problem is that inflation cannot be *explained* by *monetary* models: one can hardly assume that big inflatory tendencies should have been *caused* by relative slow changes of the quality of money; nor can it be assumed that these changes should have caused a very big increase in the amount of money circulating in Roman economy. One might of course construe such assumptions in order to "save" the basic monetarian explanations of inflation. I am not claiming that I have found a new explanation for inflation in antiquity, even if I liked to stress demand-supply-aspects as the *main* parts of the people's reasoning, monetary aspects being a kind of *conclusion* from them. But these connections cannot be expressed with the help of linear functions, because inflation is *in ultima analysi* a problem of *human reasoning* and as such not simply "caused". Of course one can use quasi-causal models of explanation when reasoning is *understood*. But one cannot say that these models are real "explanations" because reasoning is another thing.

Inflation is a riddle which cannot be solved by historical studies: interaction of human reasoning is not depending on fixed laws. Modern economists can of course explain inflation — because their explanations and prognoses are influencing the phenomena that they are trying to explain. But what about the legal problem? It is in my opinion highly significant that there were no efficient legal remedies against heavy inflation, although Roman Law should not have been alien to such principles. There are several possibilities for explaining this "deficiency." The first one is that Roman lawyers lacked the innovative spirit needed. This is not convincing, because Roman Law was usually capable to cope with any real problem of the contemporaneous society. But more likely is the explanation that inflation was not wholly detrimental: there were persons and groups who benefited by the phenomenon. It is probable that *their* interests dictated the main focus of the regulation. Their interests did not coincide with the interests of those in power and the owner class. There is no straightforward relationship between interests, power and law. Even for this reason the study of legal and social history is interesting: should there be only one answer, given in advance by some theorist, then it would be senseless to commit oneself for years to such studies.

## References

- Because the present essay is based upon a more comprehensive book in Finnish, I have refrained from giving exact references to the literature used.
- BRUNN, Patrick, Den romerska armén som ekonomisk faktor under senare kejsartid, *Finsk Tidskrift* 1965. p. 80. ff.
- FINLEY, Moses I., *The Ancient Economy*, London 1973.
- FRANK, Tenney, *An Economic Survey of Ancient Rome and Italy of the Empire*, New Jersey 1959.
- FREDRIKSEN, M., Caesar, Cicero and the Problem of Debt, *Journal of Roman Studies* 1966 p. 128 ff.
- GUEY, J., La dévaluation du denier romain sous Septime-Sévère, *Bull. de Soc. nat. Antiqua, de France*, 1952—1953 p. 89 ff.
- GUMMERUS, Herman, *Industrie und Handel*, Abhandlung im Werke PAULY-WISSOWA, *Realenzyklopedie der classischen Altertumswissenschaft*, IX, Stuttgart 1916 p. 1439 pp.
- HAMZA, Gabor, *Wirtschaft und Recht im römischen Reich*, Ann. Univ. Budapestinensis 1981.
- HEICHELHEIM, F., Zu Pap. Bad 37; ein Beitrag zur römischen Geldgeschichte unter Trajan, *Klio* 1932 p. 124 ff.
- JUNNILA, T., *Inflatio*, I, Helsinki 1947.
- KLAMI, Hannu Tapani, *Mutua mags videtur quam deposita*, Helsinki 1969.
- KLAMI, Hannu Tapani, *Ihmisen säännöt*, Turku 1983.
- MAZZARINO, Sandro, *Aspetti sociali sul quarto secolo*, Roma 1951.
- MICKWITZ, Gunnar, *Die Systeme des römischen Silbergeldes im IV. Jhdt. n. Chr. Ein Beispiel zur Anwendung der variationsstatistischen Methode in der Numismatik*, Helsingfors 1933.
- MICKWITZ, Gunnar, *Geld und Wirtschaft im römischen Reich des vierten Jahrhunderts n. Chr.* Helsingfors 1932 (a).
- MICKWITZ, Gunnar, *Inflation*, Artikel in Werke PAULY-WISSOWA, *Realenzyklopedie der classischen Altertumswissenschaft*, suppl. VI, Stuttgart 1935 p. 127 pp.
- MICKWITZ, Gunnar, *Zu den Finanzen Trajans*, *Arctos* 1932 (b).
- MOMMSEN, Theodor, *Geschichte des römischen Münzwesens*, Berlin 1860.
- PERSSON, Axel W., *Staat und Manufaktur im römischen Reich*, Lund 1923.
- RODBERTUS, J. K., *Zur Geschichte der römischen Tributsteuern seit Augustus*, (Hildebrands) *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 1865.
- ROSTOVITZ, Michael, *Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich*, I—II, Heidelberg 1929.
- SCHNEIDER, Erich, *Einführung in die Wirtschaftstheorie*, III, Tübingen 1965.
- SEGRE, Angelo, *Metrologia*, Bologna 1928.
- SEGRE, Angelo, *Inflation and its Implication in Early Byzantine Times*, *Byzantion* XV (1940—1941) p. 249 ff.
- SEGRE, Angelo, *Some Traits of Monetary Inflation in Antiquity and the Middle Ages*, *Seminar* 1 (1943) p. 20 ff.
- SOMBART, Werner, *Der moderne Kapitalismus*, I, 2. painos, München—Berlin 1928.
- SYME, R., *The Imperial Finances under Domitian, Nerva and Trajan*, *Journal of Roman Studies* 1930 p. 55 ff.
- VISKY, Károly, *Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*, Budapest 1983.
- VOGT, J., *Der Niedergang Roms. Metamorphose der antiken Kultur*, Zürich 1965.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, *Explanation and Understanding*, London 1967.
- P. S.
- The latest book of the eminent Hungarian Romanist Károly Visky was sent to me when the text of my essay had already been written and checked. For this reason, a more detailed analysis of his thoughts was not possible.

## Leges aleariae und leges sumptuariae im antiken Rom

### I.

1. Leges aleariae<sup>1</sup> bedeuten nach den römischen Quellen die Gesetze gegen Glücks(Hasard)spiele. Der Name (lex alearia) ist einmal bei Plautus (Miles 164) bestätigt,<sup>2</sup> sonst kommt auch die Bezeichnung „lex quae est de alea“ bei Cicero (Phil. 2,56) vor. Die anderen Quellen (s. unten) geben nur indirekte Hinweise, daß es schon im republikanischen Rom Gesetze gab, die die Glücksspiele (alea)<sup>3</sup> verboten.

Das älteste Zeugnis stammt von Plautus, Miles 164—165: Atque ideo ut ne legi fraudem faciant aleariae, Adcuratote ut sine talis domi agitent convivium.

Plautus spielt hier mit der doppelten Bedeutung von tali, die sowohl die zum Glücksspiel benutzten Knöchel bezeichnen, wie auch die Knöchel am menschlichen Körper. Das erwähnte Gesetz mußte also ausdrücklich das Spiel mit tali verbieten, wahrscheinlich bei einem convivium (s. noch u. II. 2. b; 3. c.). Jedenfalls bezeugt die Stelle, daß zu jener Zeit ein gesetzliches Spielverbot schon gegolten hat.<sup>4</sup>

Als nächster beweist Cicero, daß in seiner Zeit ein Gesetz gegen alea angewandt wurde — Phil. 2,56: Licinium Denticulam de alea condemnatum,

<sup>1</sup> Der Aufsatz entstand während meines Aufenthaltes als Stipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung am Leopold Wenger-Institut für Antike Rechtsgeschichte und Papyrusforschung der Universität zu München. Für die Gastfreundschaft und wissenschaftliche Betreuung bin ich Herren Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Max Kaser und Prof. Dr. Dieter Nörr zu bestem Dank verpflichtet. Für die sprachliche Hilfe danke ich auch Herrn Dr. Tycho Mersich.

Zu abkürzungen s. M. Kaser, Das römische Privatrecht I<sup>2</sup> (München 1971) XIX ff.; II<sup>2</sup> (1975) XVII ff.

<sup>2</sup> Alearius (-a; -um) auch bei Amm. Marc. 28,4,21 (amicitiae aleariae); aleatorius (-a; -um; ab alea, aleator) z.B. bei Cic. Phil. 2,67 (damna aleatoria); vgl. Thesaurus Linguae Latinae s.h.v.

<sup>3</sup> Alea bedeutet in den römischen Quellen ein Spiel mit Knöcheln (tali) oder Würfeln (tesserae) um Geld (Einsatz), dessen Ergebnis vom Zufall (Glück) abhing. Die Bezeichnung als Hasardspiel ist gleichbedeutend. Zur Lit. s. jetzt die Angaben bei Kuryłowicz, Die Glücksspiele und das römische Recht, St. Sanfilippo (Napoli 1983) VI, 269—282; J. Väterlein, Roma ludens. Kinder und Erwachsene beim Spiel im antiken Rom (Amsterdam 1976; weiterhin: Väterlein) 7—13. Eine zusammenfassende Bearbeitung des Glücksspiels nach röm. Recht im Druck.

<sup>4</sup> Zum Text s. Väterlein 9. Fraus legis bedeutet hier die Verletzung des geltenden Gesetzes; zur Plautusstelle s. G. Rotondi, Gli atti in frode alla legge (Torino 1911) 24; zum Problem O. Behrends, Die fraus legis (Göttingen 1982) mit weit. Lit.

conclusorem suum, restituit. (...) hominem omnium nequissimum, qui non dubitaret vel in foro alea ludere, lege, quae est de alea, condemnatum...

Dieser Bericht wird ergänzt durch Ps. Asconius in Cic. divin. 24, wonach die quadruplatores als Ankläger u.a. wegen verbotener Spiele auftraten: Alii dicunt quadriplatores esse eorum rerum accusatores qui conviti quadrupli damnari soleant aut aleae aut pecuniae gravioribus usuris fenerate... aut eiusmodi aliorum criminum.<sup>5</sup>

Ein weiterer Beleg stammt von Horaz, od. 3,24,58: vetita legibus alea. Der Text läßt vermuten, daß es bereits mehrere Gesetze gab, die die alea verboten. Mit Horaz enden jedoch die Quellen, die eindeutig über republikanische alea-Gesetze berichten. Die späteren Zeugnisse lassen nur indirekt erschließen, daß das gesetzliche Verbot der Glücksspiele weitergegolten hat. So Ovid. trist. 2,471–472: sunt aliis scriptae, quibus alea luditur artes / (hoc est ad nostros non leve crimen avos). Der Satz über alea als kein leichtes Vergehen (crimen) bezieht sich hier auf die Vergangenheit. Die Texte von Martial lassen aber vermuten, daß die Spielverbote auch zu seiner Zeit bekannt waren — Mart. 5,84: arcana modo raptus e popina / aedilem rogat udus aleator. / Saturnalia transiere tota; 14,1: nec timet aedilem moto / spectare fritillo... Aus dem Hinweis auf die Saturnalien, außerhalb deren man nicht spielen durfte,<sup>6</sup> und über Spieler, welche sich vor den Ädilen fürchten lernen sollten,<sup>7</sup> ergibt sich, daß die alea noch verboten war. Auch Suetonius deutet das Spielverbot außerhalb der Saturnalien an, wenn er über Augustus schreibt, daß dieser: aleae rumorem nullo modo expavit lusitque simpliciter et palam oblectamenti causa etiam senex et praeterquam Decembri mense<sup>8</sup> aliis quoque festis et profestis diebus (Aug. 71). Über die Mitte des 1. Jh. n. Chr. jedoch gehen die literarischen Berichte nicht hinaus.<sup>9</sup>

2. Weitere Angaben über jene Gesetze bringen die juristischen Quellen. Zuerst Paul. D. 11,5,2,1: Senatus consultum vetuit in pecuniam ludere, prae-

<sup>5</sup> T. Stangl, Ciceronis Orationum Scholiastae (Wien 1912; Nachdr. 1964) 116. Zu poena quadrupli als vermutliche Strafe wegen des verbotenen Spiels s. u. a. Lenel, EP<sup>3</sup>, 176 A. 6; F. De Martino, Labeo 1 (1955) 44; Mommsen, StrR. 861; F. La Rosa, Labeo 3 (1957) 238 A. 28; S. di Salvo, Lex Laetoria (Napoli 1979) 136 A. 90.

<sup>6</sup> Während der Saturnalien war degegen das Würfelspiel sogar ein Hauptvergnügen. Als Symbolverhalten des Schäfers aus dem glücklichen „goldenen“ Hinterzeitalter, mit Tierknochen zu spielen, hatte es offenbar keinen Makel, sondern galt als unschuldiges, gesellschaftsbildendes Treiben; s. dazu Nilsson, RE III A, 201 ff., K. Latte, Röm. Religionsgeschichte (München 1960) 254 und u. A. 8.

<sup>7</sup> Die Bemerkungen von Martial lassen sich mit allgemeiner polizeilichen Kontrolle der Ädilen über Kneipen, Bordelle und ähnliche Örtlichkeiten zu verbinden, die alle als typische Spielplätze in Betracht kamen. Vgl. u. a. Cic. Phil. 2,56 (in lustris, popinis, alea); Amm. Marc. 14,6,25 (in tabernis... aleis certant); Sen. vit. beata 7, 3 (loca aedilem metuentia); Suet. Claud. 38,2. T. Kleberg, Hôtels, restaurants et cabarets dans l'Antiquité Romaine (Uppsala 1957) 118; D. Sabbatucci, L'edilità romana (Mem. Acc. Linc., s. 8; 6,3; 1954) 56; zu Ädilen s. auch unten A. 45.

<sup>8</sup> Die Saturnalien, welche im Dezember stattfanden, waren vermutlich gemeint, wenn man sie öfters nur mit dem Namen des ganzen Monats bezeichnete; s. (im Zusammenhang mit alea) noch Ovid. trist. 2,491; Mart. 4,14. Lit. oben A. 6, dazu noch: J. Carcopino, Rom. Leben und Kultur in der Kaiserzeit (Stuttgart 1977; nach der franz. Ausgabe 1939) 344; A. Griffin, JRSt. 66 (1976) 95; U. E. Paoli, Das Leben im alten Rom (München 1961) 265.

<sup>9</sup> Ein Echo der gesetzlichen Spielverbote findet sich in Ps. Cypr. De aleatoribus 6 und in Isid. etym. 18,68. Mit „legibus“ könnte aber hier das senatus consultum (D. 11,5,2,1) und bei Isid. die justinianische Gesetzgebung (C. 3,43) gemeint sein.

terquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando quod virtutis causa fiat. Die Digesten stellen hier das senatus consultum voran, vielleicht weil dieses in der Reihe der Vorschriften gegen alea eher am Ende stand.<sup>10</sup> Über Gesetze — wohl die, von denen die republikanischen Schrifsteller berichten — schreibt Marcianus, D. 11,5,3: in quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsonem facere licet: sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

Nach diesen Texten handelten die genannten Gesetze von den Wetten, die im Zusammenhang mit den erlaubten Sportspielen geschlossen wurden. Aus dem letzten Satz D. 11,5,3 (... sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet) kann man entnehmen, daß die Gesetze auch ein Verbot enthielten, Wetten um Geld bei unerlaubten Spielen abzuschliessen. Als unerlaubtes Spiel galt die alea; also mindestens auf diese Weise beziehen sich die Gesetze auf die Glücksspiele. Vermutlich werden die in D. 11,5,3 genannten *leges* beide Fragen: die der Wetten und die der Spiele berührt haben;<sup>11</sup> auf Grund der überlieferten Quellenzeugnissen läßt sich das aber nicht genauer feststellen.

3. Gegenstand des Verbots war das Glücksspiel (mit Knöcheln oder Würfeln) nur dann, wenn um Geld oder einen sonstigen Einsatz gespielt wurde. Das hat das Senatsbeschluß eindeutig festgestellt (D. 11,5,2,1), aber auch die *leges aleariae* haben nur das Spielen (*alea*) um Geld (Einsatz) verboten. Das zeigen die zahlreichen Quellen, die über das Spielen um Geld oder sogar über das Verspielen des ganzen Vermögens berichten.<sup>12</sup> Das Verbot, um Geld zu spielen, war also kein *Novum* und wurde vom Senatsbeschluß im wesentlichen nur wiederholt. Von der praktischen Seite betrachtet ist doch festzustellen, daß nicht jedes Glücksspiel den Hasardcharakter hatte. Oft wurden die Knöckel- und Würfelspiele zur bloßen Unterhaltung gespielt, und nur um kleine Einsätze (vgl. z.B. Cic. Cato m.de sen. 58; Paul. D. 11,5,4 pr.). Solche Spiele waren praktisch ohne juristische Bedeutung. Das Recht (und nicht nur das römische) hat primär Interesse an solchen Glücksspielen, die um Geld betrieben werden und dadurch zu sozial- und vermögensschädlichen Folgen führen.

Mit dem Spielverbot wurden auch die Wetten (um Geldeinsatz) bei allen Spielen oder Wettkämpfen, die nicht *virtutis causa* stattfanden, erfasst (D. 11,5,2,1; 11,5,3 — oben 2.).<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Lit. bei Kuryłowicz, St. Sanfilippo IV, 279 A. 35; dazu noch B. Lorini, St. Bonfante IV, 389.

<sup>11</sup> Vgl. G. Rotondi, Leg. publ. 363 (lex Cornelia de aleatoribus); 479 (lex Titia und lex Publicia de aleatoribus); Siber 179; B. Vonglis, La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique (Paris 1968) 45.

<sup>12</sup> S. u. a. Plaut. Curc. 354 ff., 609; Cic. Phil. 2,67 (damna aleatoria); 2,56 (quod in alea perdiderat); Hor. epist. 1,18,21 alea nudat; Pers. sat. 5,57 (alea decoquit); Juv. 1,92 f. (sestertia centum perdere); Suet. Aug. 71; Nero 30,3. Lit. oben A. 3 und 8.

<sup>13</sup> S. noch Cic. de off. 1,104 (honestia exempla ludendi); A. Wacke, SDHI 44 (1978) 414 A. 56; Väterlein 3.

1. Die älteren Forschungen nach solchen *leges aleariae* gingen von den *leges de sponsu* aus. So behauptete z.B. M. Voigt,<sup>14</sup> daß man *lex Publicia* in D. 11,5,3 eher als *lex Publilia* lesen sollte und diese der *lex Publilia de sponsu* (G. 3,127; 4,22) gleichzusetzen wäre. Diese Meinung stützt sich auch auf die Annahme, daß *sponsio* als Wette den römischen Quellen unbekannt wäre und die oben genannten Texte nur im Sinne der *adpromissorischen Stipulation* zu verstehen wären. Wie schon festgestellt wurde (s. oben I. 2) bedeutet aber *sponsio* in D. 11,5,3 die Wette, die Gegenstand der dort genannten Gesetze (im Zusammenhang mit Spielen oder Wettkämpfen) war.<sup>15</sup> Dasselbe ist über die Auffassung von H. Siber zu sagen, der annimmt, daß in D. 11,5,3 ein Textverderbnis zu sehen wäre und daß nur *lex Cornelia* als die *lex Cornelia de sponsu* festzuhalten sei.<sup>16</sup> Beide Hypothesen beschränken sich auf *sponsio* und *stipulatio*, ohne zu erklären, welche Gesetze die Glücksspiele regelten.

2. Andererseits gibt es gute Gründe, die *leges aleariae* mit den *leges sumptuariae* zu verknüpfen. Diese Hypothese ist nicht neu,<sup>17</sup> vom Standpunkt der *leges aleariae* wurde sie aber noch nicht genauer nachgeprüft. Hier kommen zwei Gruppen von *Argentumen* in Betracht: erstens die gemeinsamen sozialgeschichtlichen Gründe für die Entstehung der beiden Gesetzesarten (unten a, b), und zweitens die Quellenberichte über die einzelnen *leges aleariae* und *sumptuariae* (unten 3).

a) Die *leges sumptuariae*<sup>18</sup> gehören zur Periode, in der sich das alte Rom der punischen Kriege in den Weltstaat umzuwandeln begann. In der frühen Republik herrschte eine einfache, festgefügte Bauernmoral, und es fehlten sowohl die Mittel wie die Gelegenheiten zu starken Extravaganzen in der Lebensführung. Die gute und wohlgefügte Ordnung stützte sich fest auf die *mores maiorum*. Mit der Expansion des römischen Staates aber, dem wachsenden Reichtum der oberen Gesellschaftssichten und den damit verbundenen fremden (griechischen) Einflüssen auf die Lebensart wurden die alten *mores* beeinträchtigt. Für das Festhalten am bisherigen guten Herkommen setzte sich jedoch — in eigenem Interesse — die römische *nobilitas* ein, die nicht nur die traditionelle Moral, sondern vor allem die sozialen und ökonomischen Verhältnisse des Staats- und Bürgerlebens aufrechterhalten wollte.<sup>19</sup> Zu den Maßnahmen, mit denen die *nobilitas* ihr Ziel zu erreichen meinte, ge-

<sup>14</sup> Ber. Sächs. Ges. 42 (Leipzig 1890) 258 f.

<sup>15</sup> Zur *sponsio* als Wette s. VIR s.h.v., Heumann—Seckel, *sponsio* 4; V. Arangio-Ruiz, Bull. 65 (1962) 207; E. Jobbé—Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains* 1 (Paris 1896) 33 f. Zu Ulp. D. 19,5,17,5 c. Kaser, Fg. Lütow (1980) 310.

<sup>16</sup> Siber 179 A. 8.

<sup>17</sup> Vgl. J. Bleicken, *Lex Publica* (Berlin 1975) 169; G. Longo, *Lex alearia*, NNDI 9,476; I. Sauerwein, *Die leges sumptuariae als römische Maßnahme gegen den Sittenverfall* (Diss. Hamburg 1970; weiterhin: Sauerwein) 5; F. Serrao, *Classi partiti e legge nella repubblica romana* (Pisa 1977) 189; 191; F. Wieacker, *Vom röm. Recht*<sup>2</sup> (Stuttgart 1961) 63.

<sup>18</sup> Zu den *leges sumptuariae* s. Lit. o.A. 17; dazu noch D. Nörr, *Die Rechtskritik in der Antike* (München 1974) 73 ff., J. Soudel, *Les „leges sumptuariae“ considérées comme l'expression des conditions sociales et économiques de la Rome antique*, *Archivum Iuridicum Cracoviense* VI (1973) 101—124.

<sup>19</sup> Zum Interesse der *nobilitas* s. Lit. oben, A. 15 und 16.



hörtens *leges sumptuariae*, die die Nobilität in der Regel selbst anregte.<sup>20</sup> So sind viele neue Gesetze ergangen, die die Lebensführung im einzelnen regelten und damit den Luxus einschränken sollten. Ihr primärer Zweck richtete sich gegen übermäßigen Aufwand und Verschwendung, die durch Willkür bei Verwendung des Vermögensunsitten freien Lauf ließ und dadurch moralische und soziale Unordnung an den Tag brachte. Schon dies läßt vermuten, daß bei dieser Tendenz auch besonders verderbliche Glücksspiele, die zu großen Verlusten und hohen Spielschulden führen konnten,<sup>21</sup> von den Gesetzgebern nicht außer Acht gelassen wurden.

b) Die Glücksspiele bildeten aber nicht nur wegen ihrer abträglichen Folgen einen sittenwidrigen Tatbestand. Auch die Umstände des Spielens verursachten die negative Beurteilung. Man spielte meistens bei Gastmählern, die nicht selten in Trinkgelagen ausarteten.<sup>22</sup> Die Quellen zeigen, daß über die Aufwendung für ein Gastmahl sogar gewettet werden konnte. So im Fall der Wette zwischen Kleopatra und Antonius, die Plinius bei den „*summa luxuriae exempla*“ (nat. hist. 9,49,12) beschreibt. Auch Macrobius bringt diese Geschichte als Paradebeispiel für Luxus (sat. 3,17,15–16). Über *alea* im Zusammenhang mit Luxus schreibt auch Plinius der Jüngere (Paneg. 82,9: *tempus in alea, stupra, luxum conferebant*). Daß solche Vorkommnisse der Aufmerksamkeit des Gesetzgebers, der Exzesse bei Gastmählern durch *leges sumptuariae* regelte, nicht entgehen konnten, ist leicht einzusehen. Auch der erwähnte (oben I. 1) Zusammenhang der *lex alaria* mit *convivium* (Plaut. Miles 164 f.) und dadurch mit *leges sumptuariae* wird in diesem Kontext noch deutlicher.

Es kommt noch dazu, daß der Zweck der Luxusgesetzgebung in den Quellen als „*vitia (moris) corrigere*“ bezeichnet wird (s. nur Macrobius sat. 3,17,10). Die zahlreichen Texte zeigen, daß neben allen Arten von sumptus auch die *alea* ein *vitium moris* bedeutete.<sup>23</sup>

Im allgemeinen schien also ein grundsätzliches Spielverbot vor allem im ungeschriebenen *mos maiorum* verwurzelt zu sein<sup>24</sup> und in seiner weiteren Entwicklung positiv durch die *leges alariae* geregelt zu werden,<sup>25</sup> die ihrem Ursprung nach den *leges sumptuariae* sehr nahe standen.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Zur Politik der Nobilität, die das Gesetz als das beste Hilfsmittel für alles glaubte s. noch Bleicken, Staat und Recht in der röm. Republik (Wiesbaden 1978) 16 f., H. Honsell, Fs. Coing (München 1982) 135.

<sup>21</sup> S. oben A. 12.

<sup>22</sup> Vgl. u.a. Plaut. Curc. 354 f., Mostel. 307 f., Asin. 905 f., Cic. Phil. 2,66 f., Hor. od. 2,7,5; Plin. nat. hist. 14,140; Iuv. 11,171 ff., Kurylowicz, St. Sanfilippo IV, 272.

<sup>23</sup> Quint. inst. 2,4,22; Iuv. 1,87; 11,176; 14,4; SHA Ver. 4,6; vgl. Kurylowicz, St. Biscardi (Milano 1983) IV, 527–536. Zur *alea* und Luxus in der Augustuszeit s. Griffin, JRSt. 66 (1976) 94 f.

<sup>24</sup> Vielleicht auf *mos maiorum* spielen an: Ovid. trist. 471 m. (*alea ... ad nostros non leve crimen avos*); Sen. benef. 7,16,3 (*tu tam imprudentes iudicas maiores nostros fuisse, ut non intellegent, iniquissimum esse eodem loco haberi eum, qui pecuniam ... aleae absumpsit*); vgl. auch Macrobius sat. 3,16,14 zur *lex Fannia* (unten II. 3 d).

<sup>25</sup> Zum *mos maiorum* und den *leges* s. jetzt Honsell, Fs. Coing (1982) 129 ff. mit reicher Literatur.

<sup>26</sup> In diesem Sinn die Lit. oben A. 17. Anders Sordel (o.A. 18) 115 A. 109, der meint, daß die *leges alariae* eher gegen Liederlichkeit der Lebensführung als gegen Luxus im Sinn der 1. *sumptuariae* gerichtet waren. Die Untersuchungen über die sozialen Umstände der Glücksspiele beweisen aber keinen solchen Unterschied. Das klingt auch bei Sordel an, wenn er über 1. *sumpt.* als Ausdruck des Kampfes gegen „*la prodigalité*“ (116) und „*le gaspillage*“ (117) schreibt.

3. a) Die spärlichen Quellen zu einzelnen Luxusgesetzen gestatten nur wenige Vermutungen. In der chronologischen Reihenfolge einiger Gesetze gibt die *lex Publicia de cereis* (*sumptuaria*) gewisse Anhaltspunkte, weil sie u. a. das Problem der Geschenke aus Anlaß der Saturnalien regelte (Macrob. sat. 1,7,33; 1,11,49). Der Umstand, daß die *lex Publicia* die Saturnalien betraf, bringt dem Gedanken nahe, daß auch andere mit den Saturnalien verbundene Umstände in diesem Gesetz geregelt wurden, so z.B. die Glücksspiele, die ausnahmsweise gerade während der Saturnalien — eigentlich einer Art bauerlicher Winterferien mit allerlei Kurzweil — gestattet waren.<sup>27</sup> Hinzu kommt die zeitliche Nähe der *lex Publicia* (*sumptuaria*) mit der Erwähnung der *lex alearia* bei Plautus (*Miles* 164 f.). Diese *lex Publicia* geht auf C. Publicius Bibulus zurück, der im Jahre 209 v.Chr. Volkstribun war. Die Komödie *Miles gloriosus* wurde von Plautus gegen 204 v.Chr. geschrieben. In der Bemerkung über die *lex alearia* könnte man eine Anknüpfung an die Tatsache sehen, daß so eben ein neues Gesetz über *alea* erlassen worden war. Vielleicht war es also die *lex Publicia* selbst, die auch Spielregelungen enthielt. Auf Grund der uns bekannten Quellen läßt sich das aber nicht genauer feststellen.

b) Über *lex Titia* gibt es außer Mod. D. 11,5,3 kein anderes Zeugnis.<sup>28</sup>

c) Ein Zusammenhang zwischen der nächsten *lex sumptuaria*, der *lex Orchia de coenis* (182. v.Chr.) mit der *alea* wurde von M. Voigt<sup>29</sup> erwogen. Die *lex Orchia* regelte die Organisation der Gastmähler, insbesondere die Zahl der Tischgäste (Macrob. sat. 3,17,2). Da nun bei Plautus (*Miles* 164 f.) von einer *lex alearia* im Kontext eines *convivium* die Rede ist, vermutete Voigt, daß beide, die *lex Orchia* und diese *lex alearia* dasselbe Gesetz sein könnte, das u.a. ein Verbot von Glücksspielen um Geld bei Gastmählern einführte. Der Zusammenhang von Gastmählern und Glücksspielen (demzufolge: von *leges sumptuariae* und *aleariae* — vgl. oben I. 1; II. 2 b) spricht zugunsten dieser Deutung, doch macht das Zeitverhältnis der beiden Gesetze diese These unhaltbar.<sup>30</sup>

d) Deutlicher ist dagegen ein möglicher Zusammenhang der *lex Fannia cibaria* (*sumptuaria* — 161 v.Chr.) mit der gesetzlichen Regelung der Glücksspiele. Die *lex Fannia* betraf die öffentlichen Spiele und Feste (auch Saturnalien) und bestimmte insbesondere, wieviel Geld zum Mittagessen an Fest- und Wochentagen höchstens ausgegeben werden durfte (Gell. 2,24,3—5; Macrob. sat. 3,17,3). Eine Rede zugunsten dieses Gesetzes hielt C. Titius.<sup>31</sup> Er schilderte die zu seiner Zeit herrschenden Sitten, die nach ihm eine gesetzliche Intervention verlangten. Den Text der Rede überliefert Macrobius, sat. 3,16,14: *id ostendunt cum multi alii tum etiam C. Titius, vir aetatis Luciliana, in oratione qua legem Fanniam suasit, cuius verba (...) etiam mores quibus plerique tunc vivebant facile publicabunt. describens enim homines prodigos in forum ad iudicandum ebrios commenantes, quaeque soleant*

<sup>27</sup> Sauerwein 49; 70 A. 5; 72.

<sup>28</sup> S. Münzer, RE VI A, 1564 (*L. Titia* in 99 v. Chr.); dazu kritisch R. Till, Fs. Oettinger (Erlangen 1967) 50 A. 12, der selbst vermutet zu Plaut. *Miles* 164: *lex alearia* (*Titia*?); Rotondi, Leg. publ. 479 (*d'incerta data*).

<sup>29</sup> S. oben A. 14 (zur *l. Orchia* S. 255); Sauerwein 70 A. 5.

<sup>30</sup> Die *lex Orchia* wurde im. J. 182 verabschiedet, während der *Miles glor.* zum erstenmal gegen 204 erschien und Plautus 184 v. Chr. starb; vgl. Sauerwein 70 A. 5.

<sup>31</sup> Über die Umstände der Rede s. Till (oben A. 28) 45 f., Sauerwein 85.

inter se sermocinari sic ait: ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati.

Die von C. Titius vorgebrachten Beispiele u.a. des Hasardsspiels und der Ausschweifung wurden als Verstöße gegen geltende Gesetze betrachtet. Der Schluß, daß mit der lex Fannia auch die alea erfasst wurde, geht vielleicht zu weit, zumal es an anderen Quellenzeugnissen fehlt. Es ist aber in jedem Fall festzustellen, daß die alea im Kontext der lex sumptuaria erwähnt wurde, und daß das Hasardspiel ein klares Beispiel eines Verhaltens entgegen den von den leges sumptuariae behüteten Sitten war.

d) Eine weitere Frage betrifft die lex Cornelia (sumptuaria), eines der zahlreichen Gesetze Sullas (81 v.Chr., Gell. 2,24,11; Macrob. 3,17,11). Aus den verschiedenen Quellenberichten über die lex Cornelia hat M. Voigt auf ein Sammelgesetz: eine lex Cornelia sumptuaria geschlossen,<sup>32</sup> die die folgenden Kapitel enthalten haben soll: 1) über den Tafelaufwand; 2) über das Gewinnspiel und über die Bürgschaften; 3) über die Höhe der Bürgschaften; 4) über den Aufwand für die Totenbestattung; 5) über den Schutz der Grabstätten, und 6) über geschlechtliche Ausschweifung. Voigt These wurde im allgemeinen abgelehnt.<sup>33</sup> Auf Grund der bisherigen Untersuchungen ist es aber nicht ausgeschlossen, daß alle einzelnen, einander so nahe stehenden Probleme wie: sumptus, alea<sup>34</sup> und sponsio (als Wette) in einem Gesetz Sullas geregelt wurden, vielleicht eben in der lex Cornelia sumptuaria. Diese Regelung paßt zum Leitgedanken Sullas, die römischen Sitten gründlich zu reformieren.

### III.

1. Wenn auch die leges sumptuariae und aleariae verwandten Ursprungs waren, so gingen doch ihre weitere Schicksale auseinander. Zwar kennt auch die Kaiserzeit noch Maßnahmen gegen den Luxus,<sup>35</sup> doch lassen die Quellen die Resignation des Gesetzgebers erkennen.<sup>36</sup> Besonders bezeichnend ist hier die Geschichte, daß die Ädilen sich an den Senat und dabei an Kaiser Tiberius wandten mit der Klage, daß die lex Iulia (sumptuaria) nicht beachtet wurde (Tac. ann. 3,52—55; a. 22). In der Antwort bemerkte Tiberius u.a., daß die bisherige Luxusgesetzgebung sich als wirkungslos und damit sogar schädlich erwiesen hat. Er fasste also die traurigen Erfahrungen mit den Luxusgesetzen zusammen und lehnte in der Konsequenz den aussichtslosen Versuch ab, die Menschen durch juristische Reglamentierung zu bessern.<sup>37</sup>

Als besonderes Merkmal der leges sumptuariae in der republikanischen Zeit ist also ihre Erfolgslosigkeit zu nennen. „Es kam soweit, daß diejenigen, die die Einfachheit predigten, belächelt und Witze über diejenigen gemacht

<sup>32</sup> S. oben A. 14 (S. 245 ff.).

<sup>33</sup> S. S. Perozzi, Riv. it. 11 (1891) 262; Rotondi, Leg. publ. 363 (lex Cornelia de aleatoribus); Sauerwein 131.

<sup>34</sup> Andererseits ist es auch denkbar, daß die in Cic. Phil. 2,56 erwähnte lex „qua est de alea“ identisch mit der sullanischen lex Cornelia (D. 11,5,3) ist, der Cicero zeitlich am nächsten stand.

<sup>35</sup> S. Norr oben A. 18) 75 A. 108; Söndel (o. A. 18) 116 ff.

<sup>36</sup> Nörr (o. A. 18) 75 f.

<sup>37</sup> Sauerwein 164.

wurden, die tatsächlich noch in einfacher Weise lebten. Die Norm war bereits soweit überspielt, daß ihre Einhaltung eine Ausnahme geworden war."<sup>38</sup>

Was alea angeht, beweisen dagegen die spätere Quellen, daß die Spielverbote selbst weiter bestehen blieben und auch angewandt wurden. So z.B. kommentieren noch die römischen Juristen aus 3. Jht. n. Chr. die Spielgesetze (Paul. D. 11,5,2,1; Marc. D. 11,5,3 — oben I. 2) und prätorisches Edikt, das die Maßnahmen gegen Spielunternehmer und gegen Zwang zum Spielen enthielt (Ulp. 11,5,1). Die Verfolgung von Hasardspielern bezeugt der anonyme Traktat aus der zweiten Hälfte des 3. Jh. s n. Chr. (sog. Ps. Cyprianus, *De aleatoribus*)<sup>39</sup> und noch später Ambr. de Tobia 11,38 (... apud iudicem damnantur).<sup>40</sup>

2. Trotz des Bestehens der gesetzlichen Spielverbote ist jedoch ihre Wirkungskraft nicht zu überschätzen. Die in den Quellen erwähnten Prozesse gegen Hasardspieler waren eher Extremfälle: Licinius Denticula spielte sogar auf dem Forum (Cic. Phil. 2,56),<sup>41</sup> M. Curius „notissimus fuit aleator“ (Ascon. tog. cand. 84).<sup>42</sup> Man darf daraus schliessen, daß Strafprozesse wegen alea nur dann stattfanden, wenn die Spieler die Grenze der weit gefassten Toleranz überschritten. Nach Ovid. trist. 472 bezieht sich alea als schweres Vergehen schon auf die Vergangenheit (s. oben I. 1). Zweifel an der Wirksamkeit der gesetzlichen Verbote, weil diese nicht in den Sitten wurzelten, äußerte Horaz, od. 3,24,35 (Quid leges sine moribus...),<sup>43</sup> vielleicht im Zusammenhang mit der „vetita legibus alea“ (ibid. 58).<sup>44</sup> Martial erwähnt weiterum, daß der Spieler keine Angst vor dem Ädilen hat (14,1: nec timet).<sup>45</sup> Es sind hier auch die soziale Unterschiede zu beobachten, insbesondere bei Iuvenal (11,175 ff.): alea turpis mediocribus; wenn aber die nobiles spielen: hilares nitidique vocantur.<sup>46</sup> Kritisch äußert sich Suetonius über das verbreitete Hasard von Kaisern (Aug. 71; Cal. 41; Claud. 5; 33; 39; Nero 30; Vit. 4; Dom. 21).<sup>47</sup> Auch Ammianus Marc. (14,614 f; 28,4,21; 28,4,29) unterscheidet zwischen den Spielern aus der Reihe der nobiles und der plebs.

Es kann also angenommen werden, daß vor allem die Nobilität die Spiel-

<sup>38</sup> Bleicken, Die Verfassung der röm. Republik (Padeborn 1975) 57.

<sup>39</sup> S. A. Miodonski, Anonymus adversus aleatores (Erlangen 1889) und das Sammelbuch: Etude critique sur l'opuscule De aleatoribus (Louvain 1891).

<sup>40</sup> Mommsen, StrR. 861 A. 6. S. auch Isid. etym. 18,60 ff., Sidon. Apol. epist. 2,2,15; 2,9,4; 5,17,6; 8,11,8; CTh. 3,16,1 (331 n. Chr.). Weitere Zeugnisse von Kirchenväter u. a. bei Biondi, DRC 1,419; 2,283; L. Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms<sup>10</sup> (Leipzig 1922) 1,253 f., J. Guillen, Urbs Roma. Vida y costumbres de los Romanos II (Salamanca 1980) 289; 319; s. auch Lit. oben A. 8.

<sup>41</sup> Vgl. A. Greenidge, The Legal Procedure of Cicero's Time (London 1901; Repr. 1971) 522 A. 3; E. Gruen, The Last Generation of the Roman Republik (Berkeley 1974) 528; Münzer, RE XIII, 1 (Licinius 80) 350. Zu den Straffolgen des alea-Spielens s. G. Schönhardt, Alea. Über die Bestrafung des Glücksspiels im älteren röm. Recht (Stuttgart 1885) — vgl. Pernice, SZ 7 (1886) 148; Mommsen, StrR. 861 f. S. auch oben A. 5.

<sup>42</sup> Gruen, loc. cit., Münzer, RE VIII, 2 (Curius 7) 1840; vgl. auch ibid. Curius 3; Quint. inst. 6,3,72 (Manius Curius ... redemptum ex alea).

<sup>43</sup> Vgl. Honsell, Fs. Coing 1980) 137.

<sup>44</sup> Kuryłowicz, St. Sanfilippo IV, 282; vgl. auch St. Biscardi IV, 529.

<sup>45</sup> S. oben I. 1 und A. 7. Zu Ädilen s. noch E. Costa, Crimini e pene da Romolo a Giustiniano (Bologna 1929) 37; 76; W. Kunkel, Krim. 34; De Ruggiero, Dizionario epigrafico 1,1220 ff., Mommsen, StrR. 159 f.

<sup>46</sup> Vgl. F. Bellandi, Etica diatribica e protesta sociale nelle Satire di Giovenale (Bologna 1980) 36; Carcopino (o. A. 8) 343.

<sup>47</sup> Über Hasard von Kaisern eingehend Väterlein 72—85.

verbote (gleich wie die *leges sumptuariae*) nicht befolgte und die Spielgesetze hauptsächlich gegen die unteren Schichten der römischen Gesellschaft angewandt wurden. Diese waren aber gegenüber rechtlichen Zwangsmaßnahmen ziemlich unempfindlich und regulierten ihr Spielbedürfnis lieber selbst nach eigener Gesetzlichkeit (*Ambr. de Tobia 11,38: Habet et alea suas leges, quas fori iura non solvant*). Diese Spannung zwischen der sozialen Moral und der Rechtsordnung hat dann Justinian zum Entschluß geführt, die Verbotsnormen erneut zu bekräftigen. In zwei Gesetzen (*C. 3,43,1* und *2; a. 529*) mißbilligte er das Hasardspielen (*alea*) im allgemeinen und führte eine Neuregelung des Spielverbotes ein.



## Zur Regelung der römischen Personennamenführung

Unlängst hat Prof. K. Visky einen sehr gründlichen und — soweit es der Verfasser dieses Beitrages beurteilen kann — in allen Beziehungen stichhaltigen Aufsatz veröffentlicht über die Wichtigkeit der römischen Personennamenführung.<sup>1</sup> In seinen Erörterungen hat er mit zahlreichen Quellenangaben — gegen die Auffassung von M. Kaser — bewiesen, dass das römische Recht die Frage der Namenführung doch geregelt hat.

Zu diese Feststellung hat bis jetzt seitens der kompetenten Romanisten niemand Stellung genommen. Im Nachstehenden möchten wir zu diesem Fragenkomplex eine kleine Ergänzung beizutragen. Die juristische Regelung der Personennamenführung bzw. die Vergeltung der damit zusammenhängende Missbräuche beschäftigte nämlich die römische Gesetzgebung meines Wissens schon in der Zeit der Republik, also nicht erst seit der frühen Kaiserzeit.

Man ist heute vom Kindesalter an mit einer Reihe verschiedener Bescheinigungen ausgestattet, mit denen man unter anderem seine Identität beweisen kann. So ist es heute für einem Alltagsmenschen einfach unvorstellbar, von wie grosser Wichtigkeit es im alten Rom — wo solche Ausweise niemandem zu Verfügung standen — für jemand war, welchen Namen er führt.

In der Zeit der frühromischen Dorfgemeinschaft, als sich das spezifische System der römischen Namengebung ausgestaltete,<sup>2</sup> waren praktisch fast alle Personen ihrer Umgebung wohlbekannt. Unter solchen Umständen gab es für jemand kaum eine Möglichkeit, mit seiner Namenführung — die als Beweis seiner Identität diente — Missbrauch zu treiben.

Sowie aber das Gebiet des römischen Staates sich mehr und mehr ausgedehnt hatte, um so mehr nahm die Bedeutung der Versicherung der Befugnis der Namenführung zu.<sup>3</sup> Das ist schon darum verständlich, weil die Führung eines römischen Namens zugleich die Zugehörigkeit zu einer römischen Gens bezeichnete. Damit war eigentlich bewiesen, dass der Betreffende ein römischer Bürger ist. Das Gewicht des Bürgerrechts unter den Be-

<sup>1</sup> Die Personennamen in der Welt des römischen Rechts (ung.). Antik Tanulmányok — Studia Antiqua 28 (1981) 191—203.

<sup>2</sup> Cf. G. Alföldi: Bürgerrecht und Namengebung (ung.); ebda 11 (1964) 254—261. A. Mócsy: Über dem Name des römischen Bürgers (ung.); ebda 12 (1965) 39—45.

<sup>3</sup> Zur Frage des Schutzes der Personalität aus anderen Gesichtspunkt s. ausführlich E. Pólay: Zur Geschichte des zivilrechtlichen Schutzes der Personalität. Iniuriatbestände im römischen Recht. (ung. mit dt. Zusammenfassung). Acta Jur. et Pol. Szeged Tom. XXX. Fasc 4. Szeged 1983, 112 S.

<sup>4</sup> S. G. Rotondi: Leges publicae populi Romani. Milano 1912 (= Hildesheim 1962), 356—357.

wohnern des Römerreiches war aber fallweise recht erheblich. Doch auch im Rahmen der römischen Bürgergemeinde konnte man dadurch unrechtmässige Vorteile erworben, wenn man sich als Mitglied einer anderen Gens oder Familie bezeichnete. So ist es verständlich, dass mit der Zeit diesbezügliche Missbräuche bzw. Missbrauchsversuche bedeutend zugenommen hatten.

Dieses Vergehen wurde aber schon in der Zeit der Republik juristisch geahndet, da nämlich die unrechtmässige, unredliche Namenführung gesetzlich verfolgt wurde.

Als solch ein Gesetz gilt die *lex Cornelia de falsis (seu testamentaria nummaria)*,<sup>4</sup> die Sulla im J. 81. v.u.Z. gab, wodurch alle Fälschungen, vor allem die von Testamenten und Geldmünzen mit Strafe verfolgt wurden. Von dem diesbezüglichen Anordnungen des genannten Gesetzes ist die folgende anzuführen: *qui sibi falsum nomen inposuerit parantesve finxerit, quo quid alienum interciperet, caperet, possideret, poena legis Cornelia de falsis coercetur.*<sup>5</sup>

Aufgrund einer Bemerkung von Cicero ist anzunehmen, dass das Gesetz — mindestens zum Teil — nicht neu konzipiert war, sondern frühere Bestimmungen verstärkt und präzisiert hat: *Cornelia testamentaria nummaria ceterae complures, in quibus non ius aliquod novum populo constituitur, sed sancitur ut quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad populum pertinet ex certo tempore* (II in Verr. I 108).

Die obigen Ergänzungen verstärken die These, dass das römische Recht die Namenführung, den damit zusammenhängende Schutz der Personalität und die Ahndung des unredlichen Missbrauches der Namenführung mindestens seit der Zeit Sullas, aber vermutlich schon früher geregelt hat.

<sup>5</sup> Paulus, *Sent.* 5,25,1. Vgl. (Papin.) D. 48.10.13: *Falsi nominis adseveratio poena legis coercetur*. S. noch E. Maróti: *Fontes Latini minores III.* (Quellensammlung zur römischen Geschichte) Budapest 1966, 21. S. § 4,9.



## THEO MAYER-MALY

### Thensaurus meus

Dem modernen Juristen ist es durchaus geläufig, daß Laien den Ausdruck „Schatz“ auch untechnisch verwenden. So berichteten die „Salzburger Nachrichten“ am 20. Dezember 1982 über das Auffinden einer großen Medaillen- und Plakettensammlung aus der Spätrenaissance in einem Depot der Prälatur des Stiftes Göttweig. Die Zeitung schrieb wörtlich: „Der Inhalt entpuppte sich als ein wahrer Schatz“. Gerade das war er nicht. Damit von einem Schatz gesprochen werden kann, ist es nach § 398 des österreichischen ABGB nicht nur erforderlich, daß es sich um Geld, Schmuck oder andere Kostbarkeiten handelt, sondern auch, daß diese „so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigentümer nicht mehr erfahren kann“. Wie die Schatzdefinitionen vieler anderer Zivilrechtskodifikationen<sup>1</sup> folgt das ABGB im Grunde dem Spätklassiker

Paulus 31 ad ed D 41,1,31,1: Thensaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat: sic enim fit eius, qui invenerit, quod non alterius sit. alioquin si quis aliquid vel lucri causa vel metus vel custodiae condiderit sub terra, non est thensaurus: cuius etiam furtum fit.

Der berühmte Text wurde für die Privatrechtsentwicklung sowohl durch seine Eingrenzung der geeigneten Objekte (depositio pecuniae) wie auch durch die Orientierung am Fehlen eines Eigentümers richtungsweisend. Die depositio pecuniae meint wohl nicht nur Geld,<sup>2</sup> sondern alle beweglichen Wertsachen.

Die Art, in der der Text von der Unbekanntheit des Eigentümers spricht, hat einigen Interpolationsverdacht geweckt. In der Tat ist richtig, daß der Text darauf abstellt, ob es keinen Eigentümer mehr gibt.<sup>3</sup> Wäre dieses Kriterium ernst zu nehmen, dann käme in einer Rechtsordnung mit entfalteter Universalsukzession ein Rechtserwerb durch Schatzfund nur mehr in wenigen Ausnahmefällen in Betracht.<sup>4</sup> Es scheint aber, daß die klassische Jurisprudenz dieses Kriterium im Lichte jener praktischen Vernunft abgemildert

<sup>1</sup> Vgl. bloß Art. 723 des schweizerischen ZGB und § 984 des deutschen BGB, aber auch den bemerkenswerten § 361 des Zivilgesetzbuches der DDR vom 19. 6. 1975.

<sup>2</sup> So aber Appleron, Studi Bonfante III (1930) 4.

<sup>3</sup> Vgl. Huvelin, Études sur le furtum (1915) 276.

<sup>4</sup> Konsequenz Beseler, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen IV (1920) 162.

hat, die für viele Fälle die Unermittelbarkeit eines Eigentümers seinem gänzlichen Fehlen gleichsetzt.<sup>5</sup> Paulus selbst allerdings scheint sein Kriterium strikt verstanden zu haben. Dies zeigt das Gegenbeispiel, das die aus Furcht, zur Bewahrung oder aus Gewinnstreben vergrabenen Gegenstände anführt. An ihnen soll ein *furtum* möglich bleiben. Nun entsteht ein *thensaurus* aber vor allem dadurch, daß jemand Wertsachen aus Furcht oder zur besseren Behütung verbirgt. Zum Schatz werden diese Sachen regelmäßig durch Tötung oder Flucht des bisherigen Eigentümers, wenn sonst niemand weiß, wie man sie findet.<sup>6</sup> Es wäre nur vernünftig, wollte man dann einen Rechts-erwerb durch Schatzfund zulassen. Paulus läßt solche Bereitschaft nicht erkennen. Es ist aber nicht auszuschließen, daß er als geeignete Objekte eines *furtum* nur Dinge meint, deren Eigentümer noch ermittelt werden können. Etwas wahrscheinlicher ist jedoch, daß er sich zu einer radikaleren Sondermeinung entschlossen hat, die auf das völlige Fehlen eines Eigentümers abstellt.

Diese Deutung der Position des Paulus verträgt sich dann auch besser mit den Worten *quod non alterius sit*, mit denen Paulus den Schatz den *res nullius* annähert. Allerdings drängt sich sogleich die Frage auf: Wo bleibt dann die hadriänische Teilung? Nach Inst. Iust. 2,1,39 bekam der Finder eines Schatzes diesen nicht zur Gänze, sondern nur zur Hälfte. In der *thensaurus*-Definition des Paulus hören wir dagegen nichts von einer Teilung des Schatzes.<sup>7</sup> Die Erklärung kann nur darin bestehen, daß Paulus offenbar nur den Schatzfund auf eigenem Grund vor Augen hat.

Die Palingenesie der *thensaurus*-Definition des Paulus bereitet Schwierigkeiten, die hier nur skizziert werden können. Im 31. Buch *ad edictum* hat Paulus die *fiducia* und das *depositum* behandelt. Lenel<sup>8</sup> hat den Text der *fiducia* zugeordnet. Bestimmend dafür war offenbar die Thematik von

Paul 31 *ad ed D* 41,1,31 *pr*: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

Der uns erhaltene Text dürfte nicht ein Resultat nachklassischer Verfälschung des klassischen Rechts,<sup>9</sup> sondern das Relikt einer längeren Darlegung zur Bedeutung der *causa* für einen Eigentumserwerb durch *fiducia* bilden. Die *traditio* wurde wohl nur als Kontrastfall vorgeführt.

Sucht man nach Gründen für das Naheverhältnis der *thensaurus*-Definition zur *fiducia*, so empfiehlt es sich, nicht nur an die allgemeinen Probleme um die *iusta causa traditionis*<sup>10</sup> zu denken. Die *fiducia* konnte ja nicht nur als eine Art von Sicherungsübereignung der Sicherung von Gläubigern dienstbar gemacht werden, sondern als *fiducia cum amico contracta* eine für

<sup>5</sup> In diesem Sinne wohl auch Appleton (Fn 2) 5 f.

<sup>6</sup> Zu diesen Aspekten vgl. Hill, *Treasure Trove*, 1936/80; Morisson, *Centre de Recherche d'Histoire et Civilisation de Byzance — Travaux et Mémoires* 8 (1981) 321 ff.

<sup>7</sup> Appleton (Fn 2) 7 f. ist dadurch zu Interpolationsverdacht veranlaßt worden.

<sup>8</sup> Paling. I 1027.

<sup>9</sup> Entschiedene Vorbehalte bei de Francisci, *Il trasferimento della proprietà* (1924) 153; Kaser *BIDR* 63 (1960) 66 f.; im Grunde behutsamer Ehrhardt, *Iusta causa traditionis* (1930) 134 f.

<sup>10</sup> Zu diesen Jahr, SZ 80 (1963) 141 ff.; Diódsi, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law* (1970) 139 ff.; Miquel, *Estudios Alvarez Suarez* (1973) 261 ff.; van Warmelo, *Studi Sanfilippo I* (1982) 615 ff.

Leihe<sup>11</sup> und Verwahrung<sup>12</sup> interessante Rechtsform bilden. Es ist daher vorstellbar, daß die Erörterung der zu Verwahrungszwecken eingegangenen fiducia zu einer Abgrenzung von jener depositio pecuniae geführt hat, aus der ein thensaurus entstand. Nicht auszuschließen ist allerdings, daß die thensaurus-Definition ursprünglich überhaupt bei der Behandlung des Realkontrakts depositum gegeben wurde und erst später mit D 41, 1, 31 pr zusammengefaßt wurde, als die fiducia aus diesem Text getilgt werden mußte.

Zu ihren Definitionen hatten die römischen Juristen bekanntlich ein zwiespältiges Verhältnis. Manchmal wurden sie strikt beachtet und sogar zum Ausgangspunkt der Ableitung von Rechtsfolgen gemacht, dann wieder beiseite geschoben. Bei der Begriffsbestimmung für den thensaurus war das nicht anders. Ein bemerkenswerter Fall der exakten Beachtung der Definition begegnet bei

Scaev. 1 resp. D 6,1,67: A tutore pupilli domum mercatus ad eius refectionem fabrum induxit: is pecuniam invenit: quaeritur ad quem pertineat. respondi, si non thensauri fuerunt, sed pecunia forte perdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, nihilo minus eius eam esse, cuius fuerat.

Jemand hatte vom Vormund eines Mündels ein Haus gekauft. Dieses stellte sich als reparaturbedürftig heraus; der Käufer nahm einen Handwerker auf, um die Reparaturen auszuführen. Dieser Werkunternehmer fand Wertsachen. Dem Cervidius Scaevola wurde die Frage vorgelegt, wem diese gehörten. Sein Gutachten beruht auf einer Distinktion. Es soll darauf ankommen, ob es sich um einen Schatz oder anderes Gut handelt. Handelt es sich nicht um einen Schatz, sondern etwa um verlorene oder vom Eigentümer aus Irrtum nicht entfernte Sachen, soll das Aufgefundene dem gehören, in dessen Eigentum es schon immer war. Was gelten soll, wenn es sich um einen Schatz handelt, sagt Scaevola nicht. Ebenso wenig läßt er erkennen, ob er die Qualität als thensaurus vom Fehlen eines Eigentümers oder bloß von seiner Unermittelbarkeit abhängen läßt. Es ist aber sehr wahrscheinlich, daß er bei einem Schatzfund auf fremdem Grund die hadrianische Teilung zugrunde gelegt hätte, wobei freilich noch zu prüfen wäre, ob der gedungene Handwerker von ihr ausgeschlossen geblieben wäre.<sup>13</sup> Daß das Aufgefundene kein Schatz sei, war für Scaevola nur die negative Voraussetzung seiner weiteren Überlegungen, die exakt an den Schatzbegriff der Juristen anknüpfen.

Es gibt aber eine stattliche Anzahl von Texten, die von prominenten Juristen stammen und doch nicht das fachsprachliche, sondern ein unschärferes, umgangssprachliches Verständnis des Wortes thensaurus zugrunde legen. Am auffälligsten ist

Pomp 18 ad Sab D 10,4,15: Thensaurus meus in tuo fundo est nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse. non esse autem iniquum iuranti mihi non calumniae causa id po-

<sup>11</sup> Gegen eine Verwendung der fiducia als Rechtsform der Leihe nicht überzeugend Zannini, Spunti critici per una storia del commodatum (1983) 9 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Gai. inst. 2,60.

<sup>13</sup> § 401 ABGB gibt nicht eigens zur Schatzsuche gedungenen „Arbeitsleuten“ einen Anteil.

stulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam tollam exportem. quod si etiam furtivus iste thesaurus est, etiam furti agi potest.

Pomponius behandelt den Fall, daß ein Depot mir gehörender Wertsachen in deinem Boden vergraben ist und du es mir nicht gestattest, dieses wieder ans Tageslicht zu fördern. Er zitiert Labeo, dem man in diesem Zusammenhang auch bei Ulp. 19 ad ed D 10,2,22 pr begegnet, für die Ansicht, der Eigentümer des thesaurus habe weder eine actio furti noch eine actio ad exhibendum, wenn der Grundstückseigentümer die Lage des thesaurus nicht verändere. Auf die komplizierten Kautelen, unter denen Pomponius dem Eigentümer des thesaurus dann doch eine Klagemöglichkeit eröffnet, ist hier nicht näher einzugehen. Der enge Bezug der Darlegungen des Textes zu Details der klassischen Verfahrensordnung macht es nicht wahrscheinlich, daß diese Überlegungen erst nachklassische Zutat wären. Verdacht aus materiellrechtlichen Gründen hat das Stück von utpote bis fundo esse sowie das recte beim Labeo-Zitat auf sich gezogen.<sup>14</sup> Doch kann der auch nach Paul. 54 ad ed D 41,2,3,3 relevante Umstand, daß man von einem thesaurus im eigenen Grundstück oft nichts weiß, auch in die Diskussion über das Vorliegen einer dolosen Besitzentäußerung eingebracht worden, sein. Echtheitszweifeln ist eher der Schlußsatz über den thesaurus furtivus ausgesetzt. Er verläßt den Ausgangssachverhalt und bleibt sehr banal.

Fest steht jedenfalls, daß Pomponius nicht in jenem technischen Sinne vom thesaurus gesprochen hat, der bei Paulus (D 41,1,31,1) definitiorisch bezeichnet wird.<sup>15</sup> Mein Schatz ist kein Schatz. Weiß ein Eigentümer vergrabener Kostbarkeiten, in welchem fundus sie sich befinden, so können die Regeln über den Schatzfund nicht eingreifen. Erklärungsbedürftig bleibt freilich, warum der thesaurus nicht als Grundstücksbestandteil in das Eigentum des Bodeneigentümers fiel, sondern Eigentum dessen blieb, der ihn vergraben hat. Eine naheliegende Erklärung mag darin bestehen, daß man die Maxime superficies solo cedit ganz wörtlich genommen und nur auf Oberflächenbestandteile angewandt hat.

Von den veteres dürften Brutus und Manilius nach dem Zeugnis von Paul. 54 ad ed D 41,2,3,3 die Möglichkeit eines selbständigen rechtlichen Schicksals noch nicht gehobener Schätze ohnedies nicht anerkannt haben. Erst eine spätere Jurisprudenz, die für die Ersitzung des thesaurus zusammen mit dem Grundstück ein den Schatz umfassendes Bewußtsein forderte, mußte dazu gelangen, daß thesaurus und fundus verschiedene Eigentümer haben konnten. Einen zureichenden Grund für die Annahme, Brutus und Manilius hätten noch nicht vom thesaurus als wirklichem Schatz gesprochen,<sup>16</sup> sehe ich allerdings nicht. Anders als im Fall von Pomp. D 10,4,15 ist bei ihnen ein Eigentümer des Schatzes nicht bekannt. Da der thesaurus gewiß aus Kostbarkeiten bestand, waren die Hauptvoraussetzungen für die klassische Schatzproblematik gegeben. Texte wie Plaut. Aulul. 760 ff (besonders 767) zeigen, daß die Frage, wem ein Schatz gehören solle, recht früh gestellt wurde. Bei Brutus und Manilius ging es übrigens nicht um die Zuweisung des Schatzes als solchen, sondern wohl schon um die viel diffi-

<sup>14</sup> Vgl. bloß Marrone, Annali Palermo 26 (1957) 292 f.

<sup>15</sup> Dies wird von Hausmaninger, Festgabe f. Herdlitzcka (1972) 113 und von Backhaus, Casus perplexus (1981) 149 richtig gesehen.

<sup>16</sup> So aber Hausmaninger und Backhaus aaO (Fn 15).

zilere Frage, ob eine Grundstückserbsitzung auch einen Schatz erfasse, von dem der Ersitzende nichts weiß.

Das Problem, vor das Pomponius (D 10,4,15) gestellt war, ist möglicherweise dadurch entstanden, daß jemand einen Schatz in einem fundus vergraben hat, der später (etwa von den Erben) verkauft wurde, wobei man darauf vergaß, den Schatz noch vor der Grundstücksübergabe zu heben.<sup>17</sup>

Von dem Fall, daß der, der selbst die Wertsachen vergraben hat, sie nicht mehr wiederfindet, weil er den genauen Ort des Verstecks nicht mehr feststellen kann, handelt

Pap. 23 quaest D 41,2,44 pr: Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat: cum reversus locum thesauri immemoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel, si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est. dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, ius possessionis ei, qui condidisset, non videri peremptum, nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem, et nihil interest, pecuniam in meo an in alieno condidissem, cum, si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuisset, itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum, supra terram an infra terram possideam, nihil intersit.

Die vom Eigentümer (oder zumindest vom Besitzer) vergrabenen Wertsachen, die der Vergräber nicht mehr findet, nennt Papinian einen thesaurus. Wie Pomponius bedient er sich nicht der fachsprachlichen Terminologie, sondern einer umgangssprachlichen Ausdrucksweise.<sup>18</sup> Papinian fragt nicht nach den Eigentumsverhältnissen, sondern nach der Besitzbehauptung, die er bejaht. Seine Begründung ist mehrschichtig und von unterschiedlicher Überzeugungskraft. Zunächst wird auf den Zweck des Vergrabens (custodiae causa) abgestellt. Das soll sagen: Die Lockerung der tatsächlichen Sachherrschaft dient dem Vergräber gerade dazu, die Sache auf Dauer umso sicherer als die seine zu behalten. Dann wird vorgebracht, die Schwäche der Erinnerung solle zumal deshalb nicht schaden, weil sich niemand anderer der Sache bemächtigt hat. Eine Hebung des thesaurus durch einen anderen als den Vergräber würde aber höchstens eigentumsrechtliche Probleme aufwerfen. Ihre besitzrechtliche Wirkung — nämlich die Beendigung der possessio des Vergräbers — wäre eindeutig. Zu dem Ergebnis von Pomp. D 10,4,15, der das Eigentum am Pseudo-thesaurus dem Vergräber (bzw. dessen Erben) beließ, paßt es, daß Papinian nicht einmal besitzrechtlich einen Unterschied zwischen einem Vergraben auf eigenem und auf fremdem Grund anerkennen will. Auch das in fremdem Grund Vergrabene bleibt im Besitz des Vergräbers. Es wird zu Papinians persönlichem Stil gehören, daß in dieser Aussage der alienus locus geradezu personifiziert wird. Daß im

<sup>17</sup> Erzählungen über solche Vorkommnisse begegnen in Schatzfundgeschichten ziemlich oft; vgl. J. D. Crossan, *Finding is the first Act* (1979) 55 ff. Einem Fall des ohne Kenntnis vom Schatz verkauften Landes gilt auch jener Bericht des Philostratus über Apollonios von Tyana, den D. Nörr in *BIDR* 75 (1972) 11 ff. tiefdringend analysiert hat.

<sup>18</sup> Zamorani, *Possessio e animus* I (1977) 52, Fn. 3 geht über diesen Umstand hinweg.

Schlußsatz der Besitz unter der Erde dem ober der Erde gleichgehalten wird, bleibt zweifelhaft:<sup>19</sup> Ober der Erde sollte doch superficies solo cedit<sup>20</sup> gelten.

Kein thensaurus im Sinne der Definition des Paulus (D 41,1,31,1) ist weiters der thensaurus von

Ulp 19 ad ed D 10,2,22 pr: Item Labeo scribit, si unus heredum thensaurum relictum a testatore effodit, familiae erciscundae iudicio eum teneri, etsi cum extraneo conscio partitus sit.

Ein von mehreren Erben beerbter Erblasser hat einen „Schatz“ vergraben. Einer der Miterben hebt diesen. Er muß ihn auch dann mit seinen Miterben teilen, wenn er die Schatzsuche mit einem außerhalb der Erbgemeinschaft stehenden Genossen, dem er Teilung zugesagt hat, vorgenommen hat. Bemerkenswert ist, daß für diese Ansicht Labeo zitiert wird. Ihn nennt auch Pomponius in D 10,4,15. Es scheint, als hätte er sich öfter mit einem thensaurus im bloß umgangssprachlichen Sinn auseinandergesetzt. Dieser Eindruck wird bestätigt durch

Iav 2 ex post. Lab. D 34,2,39,1: Cum ita legatum esset: ‚argentum, quod domo mea erit cum moriar‘, Ofilius nec quod depositum a se nec quod commodatum reliquisset argentum legatum videri respondit. idem Cascellius de commodato. Labeo, quod depositum esset, ita deberi, si praesentis custodiae causa, non perpetuae veluti thensauo depositum esset, quia illa verba ‚quod domo mea erit‘ sic accipi debere ‚esse solebat‘: et hoc probro.

Wir stoßen auf vor- und frühklassische Meinungsvielfalt zur Auslegung eines Damnationslegats (deberi), das sich auf alles Silber bezog, das zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers in seinem Hause war. Ofilius war der Ansicht, vom Erblasser hinterlegtes und verliehenes Silber werde von einem solchen Legat nicht umfaßt. Zum commodatum schloß er sich dem Cascellius an. Labeo machte zum verwahrten Silber eine Unterscheidung. Wurde es praesentis custodiae causa verwahrt, soll es dem Legatar geschuldet sein. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, daß auch nach der thensaurus-Definition des Paulus (D 41,1,31,1) eine custodiae causa verborgene Sache kein Schatz war, wenn der Eigentümer (oder seine Erben) ermittelbar blieben. Vom Damnationslegat ausgenommen waren nach Labeo Sachen, die auf immer — was wohl auch heißt: auf unabsehbare Zeit — verborgen werden sollten. Solches Gut ist veluti (in?, so Mommsen) thensauo depositum, steht also einem thensaurus gleich. Nach der thensaurus-Definition des Paulus wäre noch immer kein Schatz im Rechtssinn anzunehmen. Man kennt ja den früheren Eigentümer und seine Erben.

Für die Deutung der Diktion Labeos gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder verfällt er beharrlich von der Fachsprache in die Umgangssprache oder der thensaurus-Begriff umfaßte zu seiner Zeit auch (noch) den vom bekannten Eigentümer verborgenen Schatz. Ich neige dazu, die erste Möglichkeit als die etwas wahrscheinlichere zu bezeichnen. Im Fall von D 34,2,39,1 ging es um Testamentsauslegung. Hier war die Orientierung an der Umgangssprache besser angebracht als eine fachsprachliche Distinktion.

<sup>19</sup> Diese Zweifel dürften die Grundlage des nicht näher erläuterten Streichungsvorschlages von Beseler SZ 51 (1931) 194 bilden.

<sup>20</sup> Über die Tragweite des Grundsatzes vorzüglich Meincke SZ 88 (1971) 136 ff.; unter den vermeintlichen Ausnahmen führt er das Vergraben von Schatz in fremden Grund mit Recht nicht an; vgl. auch Sitzia, Studi sulla superficie (1979) 65 ff.

Daß der Schatzbegriff erst nach der Frühklassik eingeengt worden wäre, verträgt sich schlecht mit dem von D 41,2,3,3 für Brutus und Manilius erbrachten Zeugnis: Hier wird ein thesaurus vorausgesetzt, dessen Existenz und Eigentümer unbekannt sind.<sup>21</sup> Ich meine daher: Ein fachsprachliches und ein umgangssprachliches Verständnis des thesaurus haben durch Jahrhunderte nebeneinander bestanden. Die Juristen haben sich nicht auf die fachsprachliche Bedeutung des Wortes beschränkt, sondern sind immer wieder in seine umgangssprachliche Bedeutung abgeglitten. Gerade darin mag ein Anreiz für Paulus bestanden haben, durch seine Definition des thesaurus die fachsprachlich korrekte Wortbedeutung herauszustellen.

<sup>21</sup> Vgl. aber oben Fn. 16.





## Anfänge der Pönalisierung der Sittlichkeitsverbrechen Formen des staatlichen Eingriffs

### 1. BABYLONIEN UND ASSYRIEN

Die Beurteilung und Strafe der Sittlichkeitsverbrechen wurde vom Anfang ihres Entstehens an durch die Moral, genauer gesagt durch die religiöse Moral bestimmt. Die Rolle, die die Geschlechtlichkeit, die Sexualität im Leben der Gesellschaft spielte, kann als ein sehr wesentliches Moment bewertet werden. Die sexuellen Sitten gehören zu den vielseitigsten und wechselhaftesten Erscheinungen der menschlichen Gesellschaft- und Kulturgeschichte, ihre Wandlungen machen sich auch in den Gebieten der rechtlichen Regelung bemerkbar.

Das älteste schriftliche Denkmal, welches sich — innerhalb des Volkslebens — mit dem Familienleben und auch den Verbrechen wider die Sittlichkeit befasst, ist die Sammlung der Gesetze des Hammurabi.<sup>1</sup> Die diesbezüglichen gesetzlichen Verfügungen haben die gegen das Rechtsinstitut der Familie und der Ehe, sowie gegen die Sittlichkeit gerichteten Verbrechen noch zusamt geregelt und breiteten sich im allgemeinen nicht über diese hinaus. Im Gegensatz zur Promiskuität, die am Anfang des Zustandekommens der menschlichen Gemeinschaften vorhanden war, bildete in Babylonien und Assyrien die monogame Ehe den Grund des Familienlebens.

Der Mann durfte nur mit einer Frau in gesetzlicher Ehe leben, konnte aber — seiner gesellschaftlichen Stellung und seinem Vermögen entsprechend — auch mehr oder weniger Sklavinnen halten.<sup>2</sup> Wenn die Frau unfruchtbar blieb, war der Mann berechtigt, eine Nebenfrau in sein Haus zu nehmen, diese Gattin war aber mit der gesetzmässigen Ehegattin nicht gleichgestellt.<sup>3</sup>

Die grundsätzliche Voraussetzung der Gültigkeit der Ehe war der Ehevertrag. Dies wird auch durch das Gesetz des Hammurabi geregelt.<sup>4</sup> Der Ehevertrag wurde nicht durch die Brautleute geschlossen — die zu nicht geringer Anzahl noch Kinder waren — sondern durch ihre Eltern. Der wesentlichste Teil des Vertrages war die Feststellung des Kaufpreises der Frau,

<sup>1</sup> Die zu sehr kleinem Teil erhalten gebliebenen sogenannten „sumerischen Familiengesetze“ enthielten zum Schutz des Familienlebens wahrscheinlich auch gewisse Bestimmungen.

<sup>2</sup> Weber: Die Literatur der Babylonik und der Assyrien. Leipzig, 1907. Seite 253. Ede Mahler: Babylonien und Assyrien. Ausgabe der Ungarischen Akademie der Wissenschaften. Budapest, 1906. Zoltán Halász: Die Delikte gegen die Sittlichkeit. Ausgabe der Literat. u. Typogr. AG „Athenaeum“, Budapest, 1909. S. 4.

<sup>3</sup> Gesetz des Hammurabi § 145.

<sup>4</sup> Gesetz des Hammurabi § 128. „Wenn jemand heiratet, ohne einen Ehevertrag geschlossen zu haben, ist die Frau nicht seine gesetzmässige Ehegattin.“

welcher durch den Bräutigam vor der Eheschliessung dem Vater des Mädchens gegeben wurde. Aus dem durch den Bräutigam der Braut gegebenen Geschenk hat sich das Rechtsinstitut des späteren Treulohns entwickelt.<sup>5</sup>

Die gegen das Rechtsinstitut der Ehe verübten Delikte wurden verschieden beurteilt, abhängig davon, ob diese durch den Ehegatten, oder durch die Ehegattin verübt wurden. Diese Verfügung ist bereits in den sumerischen Familiengesetzen vorfindbar, laut welchen es heisst, dass „wenn die Frau ihren Ehegatten verlassen hat, wurde sie mit dem Tode bestraft. Wenn dasselbe durch den Ehegatten begangen wurde, hat man ihm eine Geldstrafe auferlegt.“<sup>6</sup> Auch im Falle des Ehebruchs hat man aber in wesentlicher Weise bezüglich dessen differenziert, ob die Frau den Ehebruch aus Not, oder nur aus Vergnügungssucht verübt hat. Demgemäss hiess es, dass: „Wenn jemand von seiner Heimat als Kriegsgefangener verschleppt wird und seine angetraute Ehegattin dann — obzwar sie ihr Leben im Haus unterhalten kann — ihr Haus und ihren Hof verlässt und in ein anderes Haus zieht, ist sie vor Gericht zu stellen und in das Vasser zu werfen. Wenn aber jemand in Kriegsgefangenschaft fällt und in seinem Hause materiell nicht genug vorhanden ist, um das Leben seiner Ehegattin zu unterhalten und die Frau in ein anderes Haus zieht, dann ist die Frau als straffrei zu betrachten.“<sup>7</sup> Auch frühere Verfügungen des Hammurabi haben den Ehebruch mit der schwersten Strafe bedroht, bzw. das Rechtsinstitut der Ehe verteidigt.<sup>8</sup> Es ist aber die Verfügung sehr interessant, welche jenen Fall pönalisiert, in welchem die Frau verlobt und unbefleckt ist und mit einem fremden Mann geschlechtlich verkehrt. Wegen dieser Tat wird der Mann mit dem Tode bestraft und es ist die Frau, die straffrei bleibt. Laut § 30 heisst es: „Wenn jemand die Braut eines anderen, die noch keinem Mann kannte und im väterlichen Haus lebt, schändet, mit ihr geschlechtlich verkehrt und er dabei ertappt wird, jener Mensch ist zu töten, die Frau aber sei straffrei.“<sup>9</sup>

Die Frau konnte aber von der Vollstreckung der Todesstrafe befreit werden, wenn ihr der Ehegatte vergeben hat. Wenn der Ehegatte der „geschändeten“ Frau die ihm wegen seiner moralischen Schädigung zustehende Kompensation abgewiesen und seiner Ehegattin verziehen hat, wurde die Schuldige begnadigt. Der bereits angerufene § 129 der Gesetze des Hammurabi verfügt ausser dem Verzeihungsrecht des Ehegatten auch über das Begnadigungsrecht des Königs. Zoltán Halász folgert aus der Tatsache, dass das Begnadigungsrecht des Königs im angerufenen Paragraph nur an zweiter Stelle erwähnt wird, darauf, dass sich das Begnadigungsrecht nur auf den

<sup>5</sup> Der Kaufpreis wurde „tirhatu“ genannt. Auch die Höhe der Mitgift („serigtu“) und schliesslich auch der Wert des seitens des Mannes der Ehegattin zu gebenden Geschenkes — des „nun-du-nu“ — wurde festgesetzt.

<sup>6</sup> Zoltán Halász: oben angeführtes Werk, Seite 5.

<sup>7</sup> Ede Mahler o. a. W. S. 138.

<sup>8</sup> „Wenn die Ehegattin von jemanden ertappt wird, als die mit einem anderen geschlechtlich verkehrt, sollen beide gefesselt und in das Wasser geworfen werden, es sei denn, dass der Ehegatte seiner Ehegattin und der König seinem Untertanen vergibt.“ Gesetze des Hammurabi § 129.

<sup>9</sup> Zur Todesstrafe wird das gemeinsame Vorhandensein von verschiedenen, miteinander conjunctive zusammenhängenden Bedingungen erfordert. Auch im Laufe späteren Kodifikationen kann man Regelungen finden, die bezüglich der Anständigkeit, oder Unanständigkeit der Frau divergieren. J. Hommel: Geschichte Babyloniens und Assyriens. Berlin, 1885.

Mittäter der schuldhaften Frau, den Mann bezieht.<sup>10</sup> Die angeklagte Frau wird von der Strafe auch dann befreit, wenn es sich nicht um einen in flagranti Fall handelt, bzw. wenn die Frau ihre Unschuld mit einem auf Gott abgelegten Eid bekräftigt.<sup>11</sup> In jener Verfügung, laut welcher die von fremden Personen angeklagte Frau die Ehre ihres Ehegatten durch ihren Selbstmord retten kann, erscheint die uranfängliche Form der mittelalterlichen Wasserprobe.<sup>12</sup> Auch in wesentlich minder schweren Fällen, in welchen die Frau noch nicht der Untreue beschuldigt, sondern nur wegen ihrer fahrlässigen Verhaltungsweise, oder ihrer Versäumnisse verurteilt wurde, war die Todesstrafe die Sanktion.<sup>13</sup>

Die Ehe konnte in gewissen, durch das Gesetz begrenzten Fällen auch geschieden werden. Es wurde im Gesetz genau festgelegt, in welchen Fällen und im Falle des Vorhandenseins welcher Voraussetzungen die Ehe geschieden werden konnte.<sup>14</sup>

Zwischen den Strafen der im engeren Sinne genommenen Sittlichkeitsverbrechen scheint die Strafe der Blutschande relativ milder zu sein. Wenn der Vater mit seiner Tochter geschlechtlich verkehrt, ist die Strafe nur Verbannung, wenn aber der Sohn seiner Mutter beiwohnt, waren beide zu verbrennen.<sup>15</sup> Im Falle der zwischen dem Sohn und der Mutter bestandenen Geschlechtsbeziehung tritt das Gesetz mit seiner vollen Strenge auf, da durch diese Beziehung die totale Macht des Mannes als Familienoberhauptes verletzt wurde. Diese unsere Feststellung wird auch durch jene Verfügung des § 192 unterstützt, welche als Strafe die Körperverstümmelung, des Näheren die Ausreissung der Zunge anzuwenden anordnet, wenn das Kind seine Abstammung abschwört, bzw. die Identität seiner Eltern in Frage stellt.<sup>16</sup>

Das Geschlechtsleben, der Geschlechtsverkehr und die Unzucht der Jungfern wurde nicht beschränkt. Prostitutionelle Tätigkeiten (Kuppelei, Zuhäl-

<sup>10</sup> Zoltán Halász: o. a. W. s. 6. Seiner Ansicht nach sei kaum zu glauben, dass wenn der Ehegatte nicht vergibt, die Schuldlosigkeit, bzw. Straflosigkeit durch königliche Gnade hätte gesichert werden können. Dies hätte nämlich das dem Ehegatten als Oberhaupt der Familie über seine Ehegattin in Babylonien zugestandene umfangreiche und weitreichende Recht beeinträchtigt.

<sup>11</sup> Gesetze des Hammurabi § 131. „Wenn eine Frau durch ihren Ehegatten des Ehebruchs beschuldigt wird, die Frau aber, als sie mit einem fremden Mann geschlechtlich verkehrt, nicht ertappt werden kann, kann die Frau auf Gott schwören, dass sie unschuldig ist und kann hierauf heimkehren.“ Die Ansichten weichen aber voneinander ab, ob in das Haus ihres Ehegatten, oder in das Elternhaus. Nach Ansicht der Mehrheit (Bonfante und Manzini) kann sie in das Elternhaus zurückkehren.

<sup>12</sup> Gesetze des Hammurabi § 132. „Wenn auf eine Ehegattin mit dem Finger gezeigt wird, dass sie mit einem fremden Mann geschlechtlich verkehrt, aber dabei nicht ertappt werden kann, so wird sie — um die Ehre ihres Ehegatten zu schützen — in das Wasser zu springen haben.“

<sup>13</sup> Gesetze des Hammurabi § 143. „Wenn eine Ehegattin gegenüber ihren Ehegatten schuldhaft ist, weil sie umhertreibt, ihr Haus zugrunderichtet, ihren Ehegatten vernachlässigt, soll sie ins Wasser geworfen werden.“

<sup>14</sup> Gesetze des Hammurabi §§ 148—149.

<sup>15</sup> Gesetze des Hammurabi § 154. „Wenn jemand seiner eigenen Tochter beischläft, soll er des Landes verwiesen werden.“ § 157. „Wenn jemand mit seiner Mutter nach seinem Vater geschlechtlich verkehrt, sind beide zu verbrennen.“

<sup>16</sup> Gesetze des Hammurabi § 192. „Wenn ein lotterhafter Mann seinem, oder eine lotterhafte Frau ihrem Vater zu sagen traut: du bist nicht mein Vater, oder der Mutter: du bist nicht meine Mutter — soll ihnen die Zunge ausgerissen werden.“

terei) kommen im Gesetz nicht vor. In den Städten von Babylonien und Assyrien gab es sehr viele Priesterinnen der Göttin der Liebe und der Prostituierten. Die Tätigkeit der „Priesterinnen“ konnte darum nicht geregelt und strafbar gemacht werden, weil sie — als Priesterinnen der Liebesgöttin — als heilig und unverletzbar galten. Einige Autoren vertreten die Ansicht, dass der Ursprung der Prostitution hierauf zurückgeführt werden kann.<sup>17</sup> Unsere Auffassung stimmt mit dem Standpunkt des Zoltán Halász überein, laut welcher „solche, mit religiöser Regelung der Befriedigung der Lust vornehmer Kasten und Priester unter den Schutz der Religion gestellte Frauen die Urahnen der heutigen Prostituierten waren“. (Hervorhebung von mir: K. M.)<sup>18</sup>

## 2. ISRAEL (HEBRÄISCHES RECHT)

Als allererster und wichtigster Grundsatz des alten hebräischen Strafrechts galt die Rache, die Vergeltung. Der Gedanke, die Anerkenntheit und Anwendung der Rache als rechtmässiger Strafe kann während der ganzen Geschichte des jüdischen Volkes vorgefunden werden.<sup>19</sup> Die Praxis der Rache hat sich so verbreitet, dass zur Einschränkung der Rache später gesetzliche Anordnungen getroffen werden mussten.<sup>20</sup>

Recht und Moral haben sich am Anfang der rechtlichen Regelung gedeckt, auch die Quelle und der Inhalt der Verbote war identisch. Diesbezüglich sind die Zehn Gebote der höchste Beweis.<sup>21</sup> Laut einigen Autoren war das Rechtsinstitut der Ehe bei den Juden während der geschichtlichen Entwicklung bereits in den uranfänglichen Zeiten monogam.<sup>22</sup> Die Sittenlehre und die Gesetze des Moses waren streng gegen die Polygamie gerichtet. Tatsache ist, dass die Bibel — von der Schöpfung sprechend — nur eine Frau erwähnt und dass auch Moses nur eine Frau hatte. Einerseits konnte es aber bei der Schöpfung — vermöge der Natur der Dinge — nur eine Frau an-

<sup>17</sup> Ede Mahler: o. a. W. S. 150.: „Die weibliche Unzucht diente zur Grundlage der Istar-Verehrung, da Istar, Göttin der Liebe gleichzeitig Schutzgöttin der Prostituierten war und die Göttin nicht selten im Kreis ihrer Schützlinge aufgefunden werden kann. Gerade deshalb werden diese nicht nur „sāmhati“, d.h. „Freudenmädchen“, sondern auch „harimāti“ „Geweihete“ genannt.“

Siehe auch: Eb. Schrader, Kleininschriftl. Bibliothek. — Sammlung der Gesetze des Hammurabi. (Entsprechende Werke: Besonders die des C. Cohn, Peiser-Köhler, R. Dareste, C. H. Johns und Carl Stoos. Oppert et Menant: Documents juridiques de l'Assyrie et de la Chaldée. 1887. — P. Haupt: Die sumerischen Familiengesetze Leipzig, 1879. — C. P. Thiele: Babylonisch-assyrische Geschichte. Gotha, 1886—1888. — F. Kaulen: Assyrien und Babylonien. 5. Aufl. Freiburg in Br. 1899. — H. V. Hilprecht: Die Ausgrabungen im Bel-Tempel zu Nippur, Leipzig, 1903. — Bruno Meissner: Aus dem altbabylonischen Recht (Altes Orient. VII. I.)

<sup>18</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 9. Siehe auch: Kálmán Merényi: Einzelne kriminologische Fragen von Handlungen prostitutionellen Charakters. Acta Iuridica et Politica, Tomus XXI. Fasciculus 1. Szeged, 1974.

<sup>19</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 10.

<sup>20</sup> G. Förster: Das mosaische Strafrecht. Leipzig, 1900. — Michaelis: Mosaisches Recht.

<sup>21</sup> Siehe genauer: Rusztem Vámbéry: „Strafrecht und Ethik“. Budapest 1907.

<sup>22</sup> S. a.: Richard Lewinsohn Korus: „Eine Weltgeschichte der Sexualität.“ Hamburg, 1956. J. L. Saalschütz: Das mosaische Recht. Berlin, 1853. II. Band Seite 727.

wesend sein und andererseits bedeutete die Monogamie des Moses eine Ausnahme. Laut dem Alten Testament hatte König Salomon 700 Ehegattinnen und 300 Konkubinen, aber auch Jakob und David verfügten über mehrere Ehegattinnen. An mehreren Stellen kann man auch über Erwähnung von Harem's der Könige lesen.<sup>23</sup> Die Bibel hat die Polygamie nie untersagt, diese wurde nur in den Zeiten nach dem Exil zurückgedrängt. Das Heiraten der Schwägerin nach dem Tod des Bruders blieb eine religiöse Pflicht, kam aber auch in anderen Fällen vor.

Laut talmudischem Recht sind die jüdischen Priester in gewissem Sinne heute noch berechtigt, obwohl ihre Frau lebt, ohne Scheidung der Ehe eine zweite Frau zu heiraten, vorausgesetzt, dass die Ehegattin unfruchtbar, geisteskrank, oder ansonsten ernsthaft unheilbar ist.

Der Ehebruch war auch als Verbrechen anzusehen und wurde schwer — mit dem Tode — bestraft. Man hat aber bezüglich dessen differenziert, ob der Ehegatte, oder die Ehegattin das Delikt des Ehebruchs begangen hatte. Der Ehebruch des Ehegatten war — bezüglich seiner eigenen Ehe — nicht strafbar.<sup>24</sup> Die Differenzierung ergab sich auch hier aus der zwischen der Lage des Mannes und der Frau bestandenen Ungleichheit. Die Frau als nicht gleichgestellte Partei konnte keine Rache nehmen. Die Rache setzte nämlich ein Gleichheitsverhältnis voraus, welches bezüglich der Frau gegenüber ihren Ehegatten nicht vorhanden war. Hieraus folgte, dass wenn der betrogene Ehegatte seine Ehegattin tötete, oder schwer misshandelte, hierfür nicht verantwortlich war.<sup>25</sup>

Der außereheliche Beischlaf hatte einen rechtswidrigen — ebenfalls mit dem Tode zu bestrafenden — Fall, nämlich den Beischlaf mit einer verlobten Jungfer.<sup>26</sup> Die Todesstrafe wurde durch Steinigung vollstreckt. Das Mädchen wurde darum bestraft, weil sie sich nicht verteidigte und nicht schrie, der Mann aber deshalb, weil er die Braut seines Mitmenschen geschändet hat. Die Versäumung der Verteidigung seitens des Mädchens galt als stillschweigende Zustimmung und wurde so beurteilt, dass ihre Hingabe freiwillig war.<sup>27</sup>

In den Gesetzen des Moses kommt auch die Regelung der Notzucht vor. Durch diese wird die Zuleide einer anständigen unverlobten Jungfer verübte Notzucht gestraft. „Wenn jemand ein unverlobtes jungfräuliches Mädchen trifft, sie ergreift und mit ihr geschlechtlich verkehrt, gebe dem Vater des Mädchens fünfzigtausend Siklus, das Mädchen aber werde seine Ehegattin. Da er sie geschändet hat, darf er sie sein ganzes Leben lang nicht entlas-

<sup>23</sup> Buch der Könige I. 11. 3. — Simson II. 5, 13, Moses 5: 25, 5, Matthäus 22. 24. s. a. Engels: Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. Szikra, Budapest 1949.

<sup>24</sup> Moses III. XX. 10.: „Wenn jemand mit der Ehegattin eines anderen Menschen Unkeuschheit treibt, soll so der unkeusche Mann, wie unkeusche Frau mit dem Tode büßen.“ Moses: Buch V., XXII. 22.: „Wenn jemand ertappt wird, als er mit einer verheirateten Frau geschlechtlich verkehrt, sollen beide sterben, der Mann, der der Frau beischief und die Frau. So sollst du das Böse von Israel ausrotten.“

<sup>25</sup> Förster o. a. W. S. 14.

<sup>26</sup> Moses: Buch V., XXII. 23—26. „Wenn ein unbeflecktes Mädchen einem Mann verlobt wird und sie jemand in der Stadt ergreift und mit ihr geschlechtlich verkehrt, führt beide zum Tor jener Stadt hinaus und steinigt sie mit Steinen, damit sie sterben.“

<sup>27</sup> S. a. Zoltán Halász: o. a. W. S. 14—19, Ede Mahler: o. a. W. S. 147—150, M. Duschak: Das mosaisch-talmudische Strafrecht. Wien, 1869. S. 4.

sen.<sup>28</sup> Die Gewalt äusserte sich noch nur in der Ergreifung und auch die Strafe war mild, sie wurde nur in Geld festgelegt. Das Mädchen blieb unbestraft und der Mann musste sie nicht nur heiraten, sondern konnte sich von ihr auch nicht scheiden, hatte ihr ganzes Leben lang für sie zu sorgen. Diese Verfügung weist eine Ähnlichkeit mit jenen späteren Regelungen auf, laut welchen wenn es zur Ehe kam, der Täter im Falle der Notzucht nicht strafbar gewesen ist, oder seine Strafe unbeschränkt gemildert werden konnte, bzw. kann.

Als erschwerter Fall der Notzucht kann der Fall beurteilt werden, wenn die Geschädigte verlobt und jungfräulich ist. „Wenn aber der Mann — laut der diesbezüglichen Gesetzesstelle — das verlobte Mädchen am Feld erreicht und ihr beischläft, hat der Mann zu sterben, dem Mädchen aber tue nichts an, das Mädchen hat keine Todsünde.“<sup>29</sup>

Im Falle eines in der Stadt erfolgten Angriffs wurde aus dem Grunde, dass das Mädchen ihre Verteidigung versäumte, die Schuld des Mädchens vermutet. In letzterem Falle nahm man an, dass das Mädchen sich verteidigt und geschrien hat, es aber niemanden gab, der ihr zur Hilfe hätte eilen können.

„Das ist so, als wenn jemand seinen Mitmenschen angreift und ihn töt schlägt.“<sup>30</sup> Die Diskrepanz der Regelung zeigt — über obige Darlegungen hinaus — auch, dass das verlobte Mädchen von vornherein als „unschuldig“, als *virgo* betrachtet wurde. Der weiblichen Ehre und Unberührtheit wurde auch ansonsten ein sehr grosser Wert beigelegt. Dies machte sich nicht nur in der strengen, grausamen Vergeltung der gegen die weibliche Tugend verübten Angriffe bemerklich, sondern auch in jenen Verfügungen, durch welche man die Frauen zu einem anständigen Leben drängen wollte.

Dasselbe wurde unter anderen auch in dem — ebenfalls mit der Todesstrafe bedrohten — Falle beabsichtigt, in welchem die Frau nach Verlust ihrer Jungferschaft einen anderen Mann heiratet. Laut der Verfügung: „Wenn es sich aber bewahrheitet, dass das Mädchen nicht unbefleckt gefunden wird, soll das Mädchen vor das Haus ihres Vaters geführt und durch die Menschen ihrer Stadt mit Steinern gesteinert werden, dass sie sterbe; da sie eine Schändlichkeit in Israel verübte, indem sie im Hause ihres Vaters Unkeuschheit trieb.“<sup>31</sup> Auch in diesem Falle vollzog sich der Beischlaf mit der Zustimmung der Frau. Der Mann ist in diesem Falle straffrei, zumindest enthält das Gesetz ihn betreffend keine Verfügung. Der Grund der Strafbarkeit der Frau ist nicht der blosser Verlust der Jungferschaft, sondern die Tatsache, dass sie ungeachtet dessen, ihre frühere Geschlechtsbeziehung verschweigend einen anderen Mann heiratete.

Die Vollstreckung der Strafe erfolgte — wie dies vom Gesetz hervorgeht — durch Steinigung.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> Moses: Buch V., XXII. 28—29.

<sup>29</sup> Moses: Buch V. XXII. 23—26.

<sup>30</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 15.

<sup>31</sup> Moses: Buch V. XXII. 20—21.

<sup>32</sup> Die Steinigung wurde in der Regel ausser der Stadt, oder dem Wohnort (z.B. dem Lager) an einer hierzu bestimmten Stelle, bei festgesetzten Formalitäten vollstreckt. Den ersten Stein hat normalerweise die geschädigte Partei, oder deren Angehöriger auf den Verurteilten geworfen. Einen Ausnahmefall bildete es, wenn ein Götzendiener, oder ein Unzucht treibendes Mädchen hingerichtet wurde. Diese wurden nämlich vor dem Götzenbild, oder am Tatort der Unzucht erschlagen. S. a. Duschak: o. a. W. S. 7.

Das Gesetz der Moses hat auch das Delikt der Blutschande ausführlich geregelt. Laut allgemeiner Bestimmung „soll niemand an irgendeine seiner Blutverwandten herankommen können, um die Scham deren zu entblößen.“<sup>33</sup> Das Gesetz legt fest, welche Personen als Blutverwandte zu betrachten sind.<sup>34</sup> Das Verbot des Beischlafs wird auch auf die Schwester des Vaters, die Ehegattin des Bruders des Vaters, die Schwiegertochter und die Ehegattin des Bruders: Hierzu gehört auch das Verbot, laut welchem es heisst: „Entblösse nicht die Scham einer Frau, oder ihrer Tochter, nehme die Tochter ihres Sohnes, oder ihrer Tochter nicht zur Frau um ihre Scham zu entblößen, da diese Blutverwandte sind; das ist Unzucht.“<sup>35</sup>

Die Blutschande wurde ebenfalls mit dem Tode bestraft.<sup>36</sup> Wenn jemand eine Frau samt deren Mutter heiratete, wurde er mit erschwerter Todesstrafe (dem Feuertod) bestraft.<sup>37</sup>

Auch die widernatürliche Unzucht und die Bestialität wird durch das Gesetz des Moses verboten. Laut Verbot der Homosexualität: „Verkehre mit keinem Mann geschlechtlich, wie du mit einer Frau verkehren möchtest; das ist eine Abscheulichkeit.“<sup>38</sup> Diesbezüglich wurden — wie später in zahlreichen Rechtssystemen — nur die zwischen Männern verübten Taten pönalisiert. Der über die Bestialität verfügende Paragraph errichtet aber bezüglich beider Geschlechter ein Verbot: „Und verkehre mit keinem Vieh geschlechtlich, um dich zu verunreinigen und es soll sich auch keine Frau vor ein Vieh stellen, damit dieses sie besteige; das ist eine Scheusslichkeit.“<sup>39</sup>

Beide Delikte wurden mit dem Tode bestraft. Wenn aber eine Frau mit einem Vieh geschlechtlich verkehrte, war — laut der Bestimmung — ausser der Frau auch das Vieh zu töten.<sup>40</sup>

Der Beischlaf mit einer menstruierenden Frau, sowie mit einer Sklavin galt als Unzucht. Im ersten Fall wurde so der Mann, wie die Frau mit dem Tode bestraft.<sup>41</sup>

Der Beischlaf mit einer Sklavin war eine gewissermassen privilegierte Form des Ehebruchs.<sup>42</sup> Die Schuldige wurde auch in diesem Fall bestraft, das Leben wurde ihr aber gelassen, da sie nicht frei, sondern eine Sklavin

<sup>33</sup> Moses: Buch III. XVIII. 6.

<sup>34</sup> Moses: Buch III. XVIII. 6–16. „Der Vater, die Mutter, die Schwester (ob halbbürtiger Bruder, oder Bruder), das Enkelkind.

<sup>35</sup> Moses: Buch III. XVIII. 17.

<sup>36</sup> Moses: III. Buch XX. 11, 12, 14, 17, 19–21.

<sup>37</sup> Laut einigen Autoren wurden sie lebendig verbrannt, laut anderen wurde nach der Steinigung nur ihr Leichnam verbrannt.

<sup>38</sup> Moses: III. Buch, XVIII. 22.

<sup>39</sup> Moses: III. Buch, XVIII. 23.

<sup>40</sup> Moses: III. Buch, XVIII. 16.: „Wenn eine Frau zu einem Vieh geht, dass es sie besteige, töte die Frau, wie das Vieh, sie sollen mit dem Tode bussen, ihr Blut sei auf ihnen.“ Laut einigen Ansichten hatte das Schlachten des Viehs zum Ziel, dass das corpus delicti und auch der an das Delikt erinnernde Gegenstand vernichtet werde. So, wie das Holz auf welches der Sünder erhängt wurde, verbrannt, der Stein vergraben und alle Hinrichtungsgeräte vernichtet wurden. S. a.: Saalschütz: o. a. W. II. Ausg. S. 439.

<sup>41</sup> Moses: III. Buch, XVIII. 18.

<sup>42</sup> Moses: III. Buch, XIX. 20–21. „Und wenn jemand mit einer Frau schläft und mit ihr geschlechtlich verkehrt und diese eine einem Mann unterstellte Sklavin ist und weder losgekauft, noch befreit wurde, werde sie bestraft, sie sollen aber nicht hingerichtet werden, weil die Frau nicht frei war. Der Mann aber trage für seine Sünde sein Opfer dem Herrn zur Öffnung des Zeltes der Gemeinde; einen Widder als Opfer für seine Sünde.“

war. Wenn aber die ehebrecherische Frau zur Zeit des Geschlechtsaktes — seit wie kurzer Zeit auch — bereits frei war, wurde die Tat bezüglich beider Parteien als Ehebruch betrachtet und mit dem Tode bestraft.

Das Gesetz des Moses enthält auch bezüglich des Lebens der Priester Bestimmungen. Es verbietet die Unzucht mit einem Toten, sowie die Ehe mit einer Person, die unkeusch, verwitwet, verstossen oder „befleckt“ ist.<sup>45</sup> Die Eltern hatten im allgemeinen die Pflicht, die Sittlichkeit ihrer Kinder — unbeachtet ihres Geschlechtes — zu überwachen. Wenn z.B. die Tochter eines Priesters ein unsittliches Leben führte, wurde sie mit dem Feuertod bestraft.<sup>44</sup>

Sehr sonderbar ist die Strafe jener Frau, die — um ihren Mann während einer Rauferei zu retten — das Geschlechtsorgan des Angreifers anfasst. In diesem Falle wurde die Hilfsabsicht der Frau nicht anerkannt und sie zur Körperverstümmelung — zum Abschneiden der Hand — verurteilt.<sup>45</sup>

Die Beurteilung und die Strafe der Sittlichkeitsverbrechen hat sich im hebräischen Recht mit der gesellschaftlich-wirtschaftlichen Entwicklung parallel einigermassen geändert. Der Inhalt mancher Delikte änderte sich, während die Strafe anderer milder geworden ist.<sup>46</sup> Auf die wesentlichsten Änderungen — welche sich in den talmudisch-rabbinischen Rechtssprüchen verkörpern — kommen wir später zurück.

### 3. INDIEN (GESETZE DES MANU)

Die indischen Gesetze sind — anderen zeitgenössischen Gesetzbüchern ähnlich — göttlicher Herkunft. Das Gesetz wird Manawa — Dharma — wortgerecht übersetzt: Buch des menschlichen Geschlechtes — genannt.<sup>47</sup> Die Gottheit hat ihren Willen, ihre Befehle und Verbote durch Vermittlung des Manu bekanntgegeben. Mit den Sittlichkeitsverbrechen befasst sich Buch III der Gesetze.

Den Grund der indischen Gesellschaft bildete ebenfalls das Rechtsinstitut der Ehe und der Ehebruch galt als das schwerste Delikt. Die Ehe war in erster Reihe ein Verhältnis moralischen Inhalts und als solches ein Sakrament. Komplizierter wurden die Verhältnisse durch das in Indien bestehende Kastensystem gemacht, welches zwischen die verschiedenen Klassen sehr breite Spalten und Barren stellte. So scheint es natürlich zu sein, dass die

<sup>43</sup> Moses: III. Buch, XXI. 13—14. „Keine unkeusche und befleckte Frau soll geheiratet werden, noch eine Frau, die durch ihren Mann verstossen wurde. Eine verwitwete, verstossene, befleckte, oder unkeusche Frau, solche sollen nicht geheiratet werden, sondern man heirate eine Ledige vom Volke“ Laut Vers 22. Teil XLIV des Buches des *Ezechiel* durfte aber die Witwe eines Priesters auch der Priester heiraten.

<sup>44</sup> Moses: III. Buch, XIX. und XXIX, sowie V. Buch XXIII und XVII.

<sup>45</sup> Moses: V. Buch, XXV. 11—22.: „Wenn zwei Männer sich verfeinden und die Ehegattin des einen dahinkommt, um ihren Ehegatten aus der Hand dessen zu befreien, der ihn schlägt und ihre Hand ausstreckt und das Geschlechtsorgan des Schlägers erfasst: schneide deren Hand ab, dein Auge erbarme sich nicht ihrer.“

<sup>46</sup> S. a. Hirsch B. Fassel: Das mosaisch-rabbinische Strafgesetz. Nagykanizsa, 1870.

<sup>47</sup> *Gibelin*: Études sur le droit civil des Hindous. 1847. I—II. Zitiert im o. a. W. S. 25. des Zoltán *Halász*.



gegen das Rechtsinstitut der Ehe gerichteten Angriffe die Verletzung der gesellschaftlichen Ordnung und der öffentlichen Sittlichkeit bildeten und schwere Strafe nach sich zogen.

Im Falle des Ehebruchs waren beide Parteien zu bestrafen, die privilegierte Stellung des Mannes hat aufgehört.<sup>48</sup>

„Wenn jemand mit der Ehegattin seines Mitmenschen sündhafte Beziehungen unterhält, soll er vom Landesfürsten verbannt werden, nachdem er mit einer schauererregenden Strafe gebrandmarkt wurde.“<sup>49</sup> Auf den Ehebruch, als mit schwerster Strafe zu belegendes Verbrechen bezieht sich im allgemeinen eine Feststellung des Manu, die besagt: „Da nichts in der Welt dem langen Leben so sehr widerspricht, wie wenn jemand mit der Ehegattin eines Anderen sündhafte Beziehungen unterhält.“<sup>50</sup>

Die Definition des Verbrechens wurde sehr ausdehnend ausgelegt und angewandt. Als Ehebruch galt ein im heiligen Bad geführtes Gespräch, eine der Frau erwiesene Gefälligkeit, die Berührung ihrer Schmuckstücke, oder ihrer Kleider, sowie das Sitzen neben der Frau auf der selben Lagerstätte.<sup>51</sup>

Der Ehebruch wurde mit dem Tode bestraft. Besonders häufig waren die erschwerten Todesstrafen, wie das Pfählen, der Feuertod, das Zusammenstampfen durch einen Elefanten usw.<sup>52</sup>

Wenn der Ehebruch durch eine vornehme Frau begangen wurde, hat man den Mann auf einem glühenden Eisenbett verbrannt, die Frau aber wurde öffentlich durch Hunde zerrissen.<sup>53</sup>

Der erste und fundamentale Grund der strengen Bestrafung des Ehebruchs war der Schutz der aus dem Kastensystem sich ergebenden Isolation und die Beschützung der gesellschaftlichen Ungleichheit, sowie der Vorrechte. „Da die Gemischtheit der Kasten aus dem Ehebruch erwächst und diese Gemischtheit die Pflichtverletzung zur Folge hat, welche gerade die Wurzeln der Gesellschaft durchschneidet und alles zerstört.“<sup>54</sup>

Auch die mit Gewalt verübten Sittlichkeitsdelikte wurden streng, mit dem Tode bestraft. Wenn die Ehegattin eines Brahmanen, oder eine in eine der ersten drei Klassen gehörende, unter Schutz gestandene Frau durch einen Sudra vergewaltigt wurde, wurde letzterer mit dem Tode bestraft. Wenn die

<sup>48</sup> Sándor Schick: Urzeit des Strafrechts. Budapest, 1878, S. 213.

<sup>49</sup> Gesetze des Manu. VIII. Buch, S. 352.

<sup>50</sup> Gesetze des Manu. IV. Buch, S. 134. Der Ehebruch des Ehegatten erhielt aber moralisch Rüge. „So sehr auch das Verhalten des Ehegatten zu rügen ist, hat die Frau ihn doch stets wie einen Gott zu verehren, auch wenn der Ehegatte sich einer fremden Liebe widmet.“ Gesetze des Manu V. Buch S. 154. Im Falle des Ehebruchs blieb der Mann nur dann unbestraft, wenn die Frau ohne Bewachung spazieren ging, um Männer zum Beischlaf zu verleiten. Schick o. a. W. S. 220.

<sup>51</sup> Gesetze des Manu, VIII. Buch, S. 356—358. „Jener Mann, der mit der Ehegattin seines Mitmenschen in einem heiligen Bad, im Wald, oder in der Au ein Gespräch führt, ist der Strafe des Ehebruchs unterworfen.“ — „Eine der Frau erwiesene Gefälligkeit, das Gespieler mit ihr, die Berührung ihrer Schmuckstücke oder ihrer Kleider, das Sitzen mit ihr auf der selben Lagerstätte, all dies ist als Ehebruch zu betrachten.“ „Jener, der eine Frau an unschicklicher Stelle ihres Körpers berührt, oder sich an einer solchen Stelle berühren lässt, wenn diese Tat mit gemeinsamen Einverständnis erfolgt, ist als Ehebrecher zu bestrafen.“

<sup>52</sup> V. Glasenapp: „Der Hinduismus“. München, 1922.

<sup>53</sup> H. J. Thonissen: Études sur l'histoire du droit criminel. Band I—II Bruxelles—Paris, 1869, S. 38. Gesetze des Manu, Buch VIII, S. 371—372.

<sup>54</sup> Gesetze des Manu, Buch VIII. S. 353.

Frau unter Schutz stand, hat der Sudra entweder sein Vermögen verloren, oder wurde ihm sein Geschlechtsorgan abgeschnitten.<sup>55</sup> Mit einem qualifizierten, durch Folterung erschwerten Tode — wessen Art und Weise der Richter bestimmte hatte — wurde auch jener Mann bestraft, welcher ein zwar in seine eigene Klasse gehörendes, aber junges Mädchen vergewaltigt hat.<sup>56</sup>

Auch die keinen Beischlaf beabsichtigenden unzüchtigen Taten wurden bestraft. Besonders schwer bestrafte man jene Taten, die zuleide unbefleckter Mädchen verübt wurden. Es galt als selbstständiges Delikt, wenn der Mann seinen Finger in die Scheide einer Frau, oder eines anständigen Mädchens steckte. Die Strafe wurde davon abhängig festgelegt und verhängt, zu welcher Gesellschaftsschicht, bzw. zu welcher Kaste der Verüber gehörte, sowie ob die Tat mit Zustimmung der Frau oder trotz ihrer Verteidigung verübt wurde.<sup>57</sup>

Die Blutschande wurde — es sei denn, dass der Verüber ein Brahmane gewesen ist — mit dem erschwerten Tode bestraft. Im Falle des Beischlafs mit der Mutter oder der Stiefmutter wurde der Verüber auf einem glühenden Eisenbett verbrannt, oder gezwungen, sein eigenes Geschlechtsorgan abzuschneiden und demzufolge verblutend zu sterben. Wenn die Tat durch einen Brahmanen verübt wurde, hat man ihn mit einer Geldstrafe belegt und auf seine Stirn das Zeichen eines weiblichen Geschlechtsorgans gebrannt.<sup>58</sup>

Im Falle minder schwerer Delikte wurde der Verüber gewöhnlich mit einer Geldstrafe belegt.

Solche Fälle waren z.B. wenn jemand die Ehegattin eines Anderen trotz Verbot anspricht, oder mit ihr ein Gespräch führt, es sei denn, dass diese die Ehegattin eines Schauspielers oder Sängers ist.<sup>59</sup>

Die Strafen waren auch im Falle des zwischen zu verschiedenen Kasten gehörenden Personen erfolgten Beischlafs verschieden. So wurde z.B. der Naisya, welcher mit einer zu einer anderen Kaste gehörenden Frau geschlechtlich verkehrte, mit einer Gefängnisstrafe bestraft. Wenn ein Ksatria dasselbe Delikt verübte, wurde er nur mit einer Geldstrafe belegt.<sup>60</sup> Einem Brahmanen wurde nur das Haar abgeschoren. Als Delikt galt auch der Fall, wenn eine in eine höhere Kaste gehörende Frau geschlechtlich mit einem in eine niedrigere Kaste gehörenden Mann verkehrte.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Gesetze des Manu, Buch VIII. S. 359 und 374.

<sup>56</sup> Thonissen: o. a. W. S. 45.

<sup>57</sup> Aufgrund der Übersetzung des Rusztem Vámbéry wurde die Ehe bei den Indern laut Jolly („Schutz der Ehe im Strafrecht“) sogar dreifach geschützt, bzw. in Bezug von gegen die Ehe gerichteten Angriffen verteidigt: auf den Fall 1) des effektiven Ehebruchs, 2) der Absicht des Ehebruchs (siehe die Verse 356—358), 3) solcher Handlungen, welche den wohlbegründeten Verdacht des Ehebruchs erregten (siehe Vers 358.) o. a. W. Schick Seite 214.

<sup>58</sup> Schick o. a. W., S. 218. Das Anbrennen eines Schandflecks war auch im Falle anderer Sittlichkeitsdelikte oft üblich.

<sup>59</sup> Gesetze des Manu, Buch VIII, Vers 361. „Niemand darf die Ehegattin eines anderen ansprechen, wenn dies ihm verboten wurde: wenn jemand dieses Verbot ausser Acht lassend mit ihr sprechen würde, zahle als Geldstrafe eine Suvarna.“ Gesetze des Manu, Buch VIII. Vers 362. „Diese Regel bezieht sich aber nicht auf Ehegattinnen von Schauspielern, oder auf Personen, die aus der Schande ihrer Frauen leben.“ S. a. Vámbéry, o. a. W. S. 13.

<sup>60</sup> Das Urteil wurde dadurch verschärft, dass ihr Haar abgeschoren und ihr Kopf mit der Urin eines begossen wurde.

<sup>61</sup> Thonissen o. a. W. S. 46.

Auch das Delikt der Kuppelei war bekannt und wurde bestraft. Wenn dieses Delikt durch eine Frau gegen ein junges Mädchen verübt wurde, hat man sie mit dem Abschneiden ihrer Haare bestraft, im Falle der wahrscheinlichen Unzucht wurden ihr in einigen Fällen sogar zwei Finger abgeschnitten.<sup>62</sup> Letztere Tat galt als zwischen Personen gleichen Geschlechts verübte Unzucht.

#### 4. GRIECHENLAND

Bei den „alten“ Griechen kann man keine Gesetze, Regeln treffen. Zur Abwehr gewisser Delikte hat man aber aufgrund des sich aus der Rechtspraxis entwickelten Gewohnheitsrechtes gestraft. Das Rechtsinstitut der Blutrache, der Privatrache wurde schon früh zu allgemeinem Gebrauch, von welchem sogar die Könige keine Ausnahme bildeten.<sup>63</sup>

Später ist die anfängliche Form des Systems der Geldstrafe, der geldlichen Ablösung erschienen. Der Betrag der Ablösung wurde nicht durch den Richter, oder einen anderen Beamten festgestellt, sondern bildete den Gegenstand einer Abmachung zwischen dem Verüber und der Familie der Geschädigten. Der abgemachte Betrag richtete sich nach der Schwere der Tat, nach dem verursachten Nachteil, sowie nach den materiellen Verhältnissen des Verübers.

Im späteren Zeitalter finden wir zuerst bei Homer einen Hinweis auf den Ehebruch, als strafbaren Delikt. Der Ehebruch wurde mit der Geldstrafe bestraft und ausserdem mussten auch die Brautgeschenke zurückgegeben werden.<sup>64</sup>

Zur Zeit der Republik waren die Sittlichkeitsverbrechen in Griechenland bekannt und wurden sanktioniert. Zu diesen zählten folgende strafbare Handlungen: Ehebruch, Notzucht, Frauenraub, Blutschande, Bigamie, Päderastie, Proxenetismus und Verführung.

Im Falle des Ehebruchs — ob dieser durch die Ehegattin oder die Konkubine begangen wurde — hatte der Mann die Frau — jedoch nur wenn er sie in flagranti ertappte — zu töten. Die Tat der Umbringung selbst musste nicht sofort vollbracht werden, diese war auch dann gerechtfertigt, wenn sie später stattfand. Nur das Motiv war wesentlich.<sup>65</sup> Dem Mann stand dieses Recht nicht zu, wenn er selbst es war, der seine Frau zum Beischlaf angeboten hatte, bzw. wenn es zum Beischlaf in einem Bordell kam, oder wenn die Frau eine Prostituierte war.

Der Rechtsstand der ehebrüchigen Frau war niedriger als der der Fremden, ja sogar als der der Sklaven. Wenn es der Frau gelungen ist, der Rache ihres Ehegatten zu entkommen, konnte sie als Entrechtete nirgends — auch in Heiligtümern nicht — Zuflucht finden. Im allgemeinen stand einem jeden das Recht zu, sie zu misshandeln, ihre Kleider herunterzureissen, oder gegen sie jeweilige Gewalttat zu begehen. Sie zu töten war jedoch verboten. Wenn sich der geschädigte Ehegatte nicht selbst gerächt hat, konnte er sich mit

<sup>62</sup> Zoltán Halász o. a. W. S. 28.

<sup>63</sup> Homer: Odyssee XXIV. 353, 420, 484, 485. Vers.

<sup>64</sup> J. J. Thonissen: Le droit de la république Athénienne. Bruxelles—Paris, 1875.

<sup>65</sup> Thonissen: o. a. W. S. 312.

seiner Beschwerde an das Gericht wenden. Laut einigen Ansichten wurde diese Möglichkeit durch Solon errichtet, um hierdurch die Selbstjustiz, die Rache zu beheben. Welche Strafen durch das Gericht angewendet wurden, ist nicht bekannt.<sup>66</sup>

Auch die Moicheia galt als Verbrechen. Nicht nur der Ehebruch in engerem Sinne wurde als Moicheia betrachtet, sondern auch jeder rechtswidrige Beischlaf mit einem Mädchen, oder auch mit einer Witwe. Der Beischlaf mit einer nicht anständigen Frau, bzw. mit den Insassen eines Bordells wurde aber nicht als Verbrechen beurteilt.<sup>67</sup> Die Frage, ob der Beischlaf eines Athener Mannes mit der Ehegattin eines nicht Athener Bürgers, oder eines anderen, aus einem fremden Land stammenden Mannes als rechtswidriger Geschlechtsverkehr betrachtet wurde oder nicht, ist nicht entschieden.<sup>68</sup>

Unentschieden ist auch die Frage der Beurteilung und die Strafe der Notzucht und des Frauenraubes. Laut Plutarch sind diesbezüglich zwischen den Gesetzen des Solon Bestimmungen zu finden.<sup>69</sup> Demgemäss wurde der Verführer einer freien Frau, oder jene Person, die eine freie Frau mit Gewalt zur Duldung des Beischlafs nötigte, mit einer 100 Drachmen betragenden Geldstrafe belegt. Die Höhe der Strafe betrug 20 Drachmen, wenn jemand eine Frau zur Prostitution nötigt. Laut anderen Autoren kann aus den Arbeiten verschiedener Geschichtsschreiber und Redner darauf geschlossen werden, dass die mit Anwendung von Gewalt verübten Taten mit vollständiger Entrechtung, bzw. mit dem Tode bestraft wurden.<sup>70</sup>

Bezüglich der Blutschande sind keine detaillierte Verfügungen überblieben. Es ist ein Fall bekannt, welcher mit Verbannung, aber auch ein solcher mit dem Tode bestraft wurde. Im ersteren Fall kam es zwischen Geschwistern zum Beischlaf, im letzteren aber verkehrte der Sohn mit der zweiten Ehegattin seines Vaters geschlechtlich.<sup>71</sup>

In der griechischen Mythologie war der Fall nicht selten, in welchem einige Götter mit ihren Schwestern in Ehe lebten. Andererseits ist bekannt, wie verachtungs- und verdammungswürdig ein zwischen Eltern und Kindern bestehendes Geschlechtsverhältnis galt.<sup>72</sup> Die Bigamie wurde mit strafrechtlichen Mitteln nicht geregelt, es konnte nur die Ehescheidung in diesem Falle durch die geschädigte Partei angeregt werden.

Die Päderastie wurde nur in dem Falle bestraft, wenn das Geschlechtsverhältnis zwischen Männern für materielle Gegenleistung angeknüpft wurde. In diesen Fällen war die Strafe Entrechtung. Der Verüber durfte in keine Kirche, zu keinen Versammlungen und auch nicht vor das Gericht gehen.

<sup>66</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 30. Samuel Mayer: Geschichte der Strafrechte, Trier, 1876. S. 436. Seiner Ansicht nach kann aus der Tatsache, dass die griechischen Götter und Göttinnen häufig einen Ehebruch begangen haben, die Folgerung gezogen werden, dass die Gerichte keine zu schweren Strafen zumessen konnten.

<sup>67</sup> In Athen wurden die Prostituierten durch Solon in drei Kategorien eingereiht: in die der Dikteriaden (Insassen von Bordellen), die der Suletriden (Flötenmädchen) und die der Hetären. Siehe genauer: o. a. W. des Kálmán Merényi, S. 7.

<sup>68</sup> Mayer: o. a. W. S. 437.

<sup>69</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 31.

<sup>70</sup> Thonissen: o. a. W. S. 437.

<sup>71</sup> Zoltán Halász beruft sich auf Marcellinus, laut wem es in Athen ein Gesetz gab, welches die Blutschande mit dem Tode bestrafte. O. a. W. S. 31.

<sup>72</sup> Mayer: o. a. W. S. 437.

Wenn er diese Verbote verletzte, wurde er mit dem Tode bestraft. Der Grund dieser Strenge war nicht die Sexualmoral, sondern der Umstand, dass wenn jemand bereit ist, seinen eigenen Leib für Geld zum Kauf anzubieten, dieser nach Ansicht der Athener auch sein Vaterland zu verraten vermag.

Später hat sich die Beurteilung der zwischen Männern verübten wider-natürlichen Unzucht grundsätzlich geändert und wurde nicht einmal mora-lisch verurteilt.

Bezüglich der Verüber des proxenetismus und der Verführung sind uns keine gesetzliche Bestimmungen bekannt. Es kann verwahrscheinlicht werden, dass die häufigste Sanktion die Rache war.

## 5. MOHAMMEDANISCHES RECHT

Das bis zum heutigen Tag gültige unabänderliche Gesetz der Mohamme-daner ist der Koran. Dieses Gesetzbuch enthält Normen bezüglich religiöser, rechtlicher, wirtschaftlicher und politischer Angelegenheiten.

Die sich auf das Familien-, sowie das Geschlechtsleben beziehenden Bestimmungen und Verfügungen sind in verschiedenen Abschnitten des Koran zu finden.

Das Familienleben beruhte auf der Vielweiberei. Die Vielweiberei konnte aber nicht uneingeschrenkt zur Geltung kommen; der Mann durfte nur vier Ehegattinnen haben, konnte aber nach Belieben und nach seinen Möglichkei-ten Konkubinen halten.

Heiraten durfte er nur eine rechtläubige, oder rechtläubig gewordene Frau. Hierüber bestimmt der Koran folgenderweise: „Heiratet kein götzen-dienersches Unweib, bis es nicht gläubig wird. Eine gläubige Sklavin ist wahrlich besser, als eine freie Götzendienerin, auch wenn sie euch noch so sehr gefällt.“<sup>73</sup> Das Verbot bestand auch umgekehrt: „Heiratet keinen von den Götzendienern, bis er nicht gläubig geworden ist; da der gläubige Sklave besser ist als der freie Götzendiener, auch wenn er euch noch so sehr ge-fällt.“<sup>74</sup> Die Verletzer dieser Verbote wurden aber mit keiner Strafe bedroht. Es erwartete sie nur das Feuer der Hölle. Als Ehehindernis galt die Blut-verwandschaft. Das Angehörigen-, bzw. Blutverhältnis wurde in sehr breiter Weise interpretiert und angewandt.

Ausser den Verwandten in aufsteigender, oder absteigender Linie war auch das Heiraten der Stieftochter, der Mutter der Ehegattin, der Ehegattin des Sohnes, von zwei Schwestern auf einmal, der Amme und der Milch-schwester verboten.<sup>75</sup>

Bezüglich der Beurteilung der Blutschande, bzw. des Ehehindernisses

<sup>73</sup> Koran, II. Sure.

<sup>74</sup> Koran, II. Sure.

<sup>75</sup> Koran, IV. Sure: „Es ist verboten zu heiraten: eure Mutter, eure Töchter und Schwestern, eure väterlichen und mütterlichen Tanten; die Töchter eurer Brüder und Schwestern, eure Amme, die euch gestillt hat und eure Nährmutter, die Mutter eurer Ehegattinnen und eure Stieftöchter, die ihr unter eure Obhut genommen habt und die von Frauen geboren wurden, mit welchen ihr bereits geschlechtlich verkehrtet (— wenn ihr abermit ihnen geschlechtlich nicht ver-kehrtet, ist es keine Sünde, sie zu heiraten), ferner die Ehegattinnen eurer von euch stammenden Söhne, zwei Geschwister auf einmal, es sei denn, dass dies schon lange her geschah.“

wurde die Sklavin mit der Ehegattin gleichgestellt, da „ihr mit keiner Frau geschlechtlich verkehren dürft, die die Sklavin eures Vaters war.“<sup>76</sup>

Der Koran enthält — betreffend der Eheschliessung — auch auf moralischer Grundlage Beschränkungen. Der ausschweifend lebende, ein unmoralisches Leben führende Mann durfte nur eine Prostituierte, oder eine ungläubige Frau heiraten und die Prostituierte durfte nur einen sittenlosen, oder abgöttischen Mann heiraten.“<sup>77</sup>

Wie schon erwähnt, wurde nur die Zahl der gesetzmässigen Ehegattinnen des Mannes beschränkt, die seiner Konkubinen nicht. Der Koran gibt aber aus wirtschaftlichen Erwägungen Direktiven. In diesem werden die Interessen der Kinder und der zukünftigen Waisen berücksichtigt. Der Koran appelliert diesbezüglich auf den Gerechtigkeitssinn des Vaters.<sup>78</sup>

Dem Mann war es erlaubt, ausser seiner Ehegattin auch mit seinen Sklavinnen geschlechtlich zu verkehren. In gewissen Fällen hat aber der Koran auch den Beischlaf zwischen Eheleuten verboten. Verboten war der Beischlaf während der Pilgfahrt von der Morgendämmerung bis Mitternacht, sowie während der Menstruation. Jene, die dieses Verbot verletzten, wurden wegen der verübten Unzucht bestraft.<sup>79</sup>

Der Ehebruch wurde nicht als eine sui generis Straftat, sondern als ein spezieller Fall der Unzucht bestraft.

Der Beischlaf mit einer verheirateten Frau war verboten, es sei denn, dass sie eine Sklavin ist.<sup>80</sup> Diese Feststellung kann nicht nur in ihrer verbietenden Form vorgefunden werden, sondern: „Selig sind die Gläubigen, die sich vom Beischlaf ausser jenem mit ihren eigenen Ehegattinnen und angeordneten Sklavinnen behüten.“<sup>81</sup>

Die Tat des Ehebruchs musste mit vier Zeugen bewiesen werden. Die Strafe dessen war die Steinigung. Das Delikt konnte nur durch die Frau begangen werden, der Mann blieb betreffend seiner eigenen Ehe unbestraft. Wenn die Frau des Ehebruchs beschuldigt wurde und die Anklage falsch, oder nicht beweisbar war, wurde der Verleumder — obwohl die Verleumdung nicht als Delikt galt — mit achtzig Rutenhieben bestraft.<sup>82</sup>

Auch die Unzucht, sowie die widernatürliche Unzucht war verboten.<sup>83</sup> Über letzteres Delikt verfügte der Koran folgenderweise: „Wenn zwei Män-

<sup>76</sup> Koran, V. Sure.

<sup>77</sup> Koran, XXIV. Sure: „Ein Hurenkind soll keine andere Frau als nur eine Hure, oder eine Götzdienerin heiraten dürfen und die Hure dürfe nur ein Hurenkind, oder einen Götzdiener heiraten dürfen.“

<sup>78</sup> Koran, IV. Sure. „Wenn ihr Angst habt, dass ihr gegenüber die Waisen nicht gerecht sein könnt, dann heiratet nach eurem Ermessen nur eine, zwei, drei, oder höchstens vier Frauen. Aber wenn ihr euch dennoch fürchtet, gerecht zu sein, dann heiratet nur eine, oder lebet mit Sklavinnen, die ihr euch erworben habt.“

<sup>79</sup> Koran, II. Sure.

<sup>80</sup> Koran, II. Sure. „Mit bereits verheirateten Frauen dürft ihr geschlechtlich nicht verkehren: eine Ausnahme bilden nur eure Sklavinnen.“

<sup>81</sup> Koran, XXIII. Sure.

<sup>82</sup> Vámbéry: o. a. W. S. 28. A. du Boys: Histoire du droit criminel des peuples Européens. Band I—V., Paris, 1865—74. Band I. Seite 279. In diesem seinen Werk legt der Autor dar, dass der Ehebruch auch bereits vor Mohammed ein mit schwerer Strafe bedrohtes Delikt war. Die alten Araber haben die ehebrecherische Frau zwischen vier Wände geschlossen, oder eingebaut und so verhungerte sie.

<sup>83</sup> Koran, XVII. Sure. „Hütet euch vor der Unzucht, da diese eine Sünde ist und auf den falschen Weg führt.“

ner mit einander Unzucht treiben, bestrafe beide, wenn sie aber ihre Tat bereuen und sich verbessern, erlasse ihre Strafe."<sup>84</sup> Im Falle der Bestialität wurde der Täter ausgepeitscht, das Tier aber verbrannt.

Der Koran kannte auch Sittlichkeitsdelikte minderer Bedeutung. Solche bezogen sich hauptsächlich auf Kleidung, Körperhaltung und sonstiges Benehmen der Frauen. Der Koran hat vorgeschrieben, vor welchen Personen die Frauen sich entkleiden, bzw. den blossen Leib, oder das Geschlechtsorgan welcher Personen sie betrachten durften. Es wurde ein Unterschied bezüglich solcher Frauen gemacht, die bereits nicht heiraten und auch keine Kinder gebären können.<sup>85</sup>

Für Profeten und ihre Frauen wurden bezüglich des Geschlechtslebens andere Rechte und Pflichten festgelegt. Auf sie haben sich wesentlich strengere Bestimmungen bezogen.<sup>86</sup>

Das auf dem Koran beruhende Strafrecht, das kirchliche Seriat-Strafrecht blieb unverändert und unabänderlich bis zum heutigen Tag aufrechterhalten und wird in den Ländern des Islam auch gegenwärtig angewandt.<sup>87</sup>

In einigen Ländern — so z.B. in der Türkei — hat sich ausser dem kirchlichen auch ein sog. weltliches Strafrecht entwickelt und werden beide nebeneinander angewendet.<sup>88</sup> Auf die detaillierte Darlegung der Regeln dieses zweiten Strafrechts kommen wir später zurück.

## 6. RÖMISCHES RECHT

Allgemeiner Ansicht nach hatten die Römer ein sehr hoch entwickeltes Privatrecht, erschufen aber nur ein „unentwickeltes“ Strafrecht. Diese opinio communis ist aber nicht genügenderweise begründet. Gewisse grundlegenden Rechtsinstitute der modernen Strafrechte und Strafprozessrechte waren grösstenteils auch den Römern nicht unbekannt.

Das „nulla poena sine lege“ — Prinzip ist in mehreren Stellen der Digesten vorfindbar. Laut Ulpian wurde es dem Statthalter verboten, in den Provinzen ausser den vorgeschriebenen Strafen auch andere anzuwenden (D. 48.19.6.2.). Laut Marzian ist die blossе Absicht in sich nicht strafbar (D. 48.19.11.2.), im Rahmen der Absicht wurde zwischen heftiger Gemütsrerregung und vorsätzlicher Überlegung differenziert. (D. 48.19.11.2.) Die delicta entsprachen den An-

<sup>84</sup> Koran, IV. Sure. Laut oben angeführtem Werk des du Boys — S. 279 — wurde auch die Sodomie mit der Steinigung bestraft.

<sup>85</sup> Koran, XXIV. Sure.

<sup>86</sup> Koran, XXXIII. Sure. Du Boys o. a. W., S. 280.

<sup>87</sup> J. Krösmarik: Beiträge zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts. Leipzig, 1904. S. 73.

<sup>88</sup> Krösmarik: o. a. W., S. 109. Zum Beweis des Deliktes ist die gleichlautende Aussage von vier männlichen Zeugen erforderlich. Es war unerlässlich, dass sich der Geschlechtsakt vor den Zeugen abspiele, da die blossе Bestätigung dessen, dass die Parteien sich umarmten, oder nackt nebeneinander lagen, zur Feststellung des Deliktes nicht genügte. Drei Zeugen genügten nicht, aber auch die Aussage des Ehegatten war beweiskräftig. Bei der Vollstreckung der Strafe wird der erste Stein durch die Zeugen auf die Verurteilten geworfen, nach ihnen vom Richter und schliesslich vom Volk. Wenn ein Zeuge inzwischen gestorben ist, oder sich weigerte, der Hinrichtung beizuwohnen, dann blieb die verurteilte Person unbestraft, da es vermutet wurde, dass der bestimmte Zeuge seine Aussage widerrief, oder widerrufen hätte können.

tragstdelikten, die crimina aber den von Amts wegen zu verfolgenden Straftaten.

Bezüglich des sogenannten besonderen Teils waren ihnen die erschwerten Fälle der einzelnen Straftaten bekannt. So z. B. im Falle der iniuria die Formen verberare (schmerzhaftes Prügeln), pulsare (das kein Schmerz, bzw. keine Verletzung verursachende Schlagen), domum vi introire (Hausfriedensbruch).

Im Bereich des Strafprozessrechtes spricht Marzian vom Fallenlassen der Anklage (D. 48.16.1.1.). Laut ein rescriptum des Trajan ist es verboten, jemanden aufgrund eines blossen Verdachts zu verurteilen. (D. 48.19.5. pr.) Die Möglichkeit der Verteidigung musste zugunsten des Angeklagten gesichert werden, in seiner Abwesenheit durfte niemand verurteilt werden. (D. 48.17.1. pr.)

Sogar das in das Bereich der Kriminologie gehörende Rechtsinstitut der Prävention war ihnen nicht unbekannt.<sup>89</sup>

Anfangs dominierte bei den Römern ausschliesslich das Recht der häuslichen Disziplin, welches durch den paterfamilias bezüglich eines jeden Mitglieds seiner Familie und seiner Hausleute ausgeübt wurde. Die sich allmählich entwickelnde staatliche Tätigkeit kam aufgrund des Wohnheitsrechtes zur Geltung und ist dann später nach und nach in den Wirkungskreis des Magistrats übergegangen.<sup>90</sup>

Im Falle der gegen die weiblichen Mitglieder der Familie begangenen sexuellen Angriffe blieb die Macht des paterfamilias über seine Familie auch danach aufrechterhalten, als bezüglich anderer Delikte bereits die öffentliche Macht vorzugehen zuständig war.

Wie im Altertum in Rechtssystemen anderer Völker war auch im römischen Recht der Ehebruch das allererste solche Verbrechen.

Bezüglich der Beurteilung, Regelung und Sanktionierung des Ehebruchs können im römischen Recht drei Epochen unterschieden werden: die Epoche vor der lex Julia, die während der Gültigkeit der lex Julia und die nach der lex Julia abgelaufene Epoche.<sup>91</sup>

Die lex Julia de adulteriis stellte zum ersten Mal solche Verhaltensweisen fest, welche bereits als Sittlichkeitsverbrechen, als stupra galten.<sup>92</sup>

Der Ehebruch konnte auch laut den Bestimmungen des römischen Rechts — bezüglich ihrer eigenen Ehe — anfangs nur durch die Ehegattin verübt werden. Diese Bestimmung hatte religiöse und auch materielle Gründe. Bei den Römern hatte eine jede Familie eine sozusagen separate Religion, die in der Verehrung der Ahnen und des häuslichen Herdes bestand. Der Fremde war hieraus völlig ausgeschlossen Aus alldem folgt, dass der ehebrüchige Mann mit dieser seiner Tat gar kein äusseres Element, gar keinen störenden

<sup>89</sup> Elemér Pólay: Die Grundlagen der modernen Strafrechte und das Strafrecht der Römer. Panstwowe Wydawnictwo Naukowe. Warszawa—Kraków, 1976, S. 39.

<sup>90</sup> Th. Mommsen: Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899, S. 17. Zoltán Halász: o. a. W. S. 39.

<sup>91</sup> S. a.: A. W. Bouche: Etude sur l'adultère. Paris, 1893, S. 9.

<sup>92</sup> Albert Irk: Ungarisches materielles Strafrecht. Universitätsverlag, Pécs, 1928. S. 540. János Rózsa: Sexuelle Kriminalität. Verlag für Volkswirtschaft und Recht, Budapest 1977. S. 27—28. S. a.: Ungarisches Rechtswissenschaftliches Lexikon, Buchdruckerei Pallas, Budapest 1904. V. Band S. 273. György Diósz: A római jog világa = Die Welt des römischen Rechts. Gondolat Verlag, Budapest 1973. S. 91—93.



Umstand in seine eigene Ehe hineinbrachte, die Frau demgegenüber ein die Religion verletzendes schweres Delikt begang, indem sie möglicherweise fremdes Blut in die Familie brachte. Auch die Person des Vaters ward durch diese Tat zweifelhaft, was hinsichtlich der Erbfolge Probleme schuf.

Im Falle des Ehebruchs seitens des Mannes stand der Frau nicht nur kein Vergeltungsrecht, sondern nicht einmal das Beschwerderecht zu. Die Tätigkeit des Mannes als Komplizen der Frau wurde aufgrund des *concursum necessarium* auch als strafbare Handlung beurteilt. Seine Verantwortung bestand nicht hinsichtlich seiner eigenen Ehe, sondern darin, dass er das Familienheiligtum eines fremden Mannes geschändet hat.

Der betrogene Mann wurde betreffend der Grenzen und des Ausmasses der Rache nicht beschränkt.<sup>93</sup> Der seine Ehegattin auf Ehebruch ertappende Mann konnte nicht nur seine Ehegattin, sondern auch den Partner töten, oder durfte andere Vergeltungsmassnahmen treffen.

Voraussetzung aber war das Ertappen auf frischer Tat, das in flagranti. Auch die diesbezügliche Regelung stimmt mit jener der älteren, primitiven Rechtssysteme überein und gilt auch als Grundlage der Regelungen mancher moderner Strafgesetzbücher. Wenn der Mann von seinem Vergeltungsrecht nicht Gebrauch machen wollte, konnte er Zeugen stellen und die Angelegenheit dem Magistrat vorlegen, wo der Verübende aufgrund des Gewohnheitsrechtes bestraft wurde.

Wie schon erwähnt, ist die *lex Julia de adulteriis et stupro* in 16 v. u. Z. entstanden. Augustus beabsichtigte mit diesem Gesetz der weiteren Verschlechterung der lotterhaften Sitten Einhalt gebieten.

Ausser dem Ehebruch wird durch dieses Gesetz das Verbrechen des *stuprum*, des *lenocinium* und des *incestus* geregelt.

Im Falle des Ehebruchs war es ausser dem Ehegatten auch dem Vater der Frau erlaubt, die sündhafte Frau zu töten — jedoch vorausgesetzt, dass mehrere Bedingungen bestehen. Es wurde als notwendig erachtet, dass das Ertappen auf frischer Tat im eigenen Hause, oder in jenem des Mannes erfolge, dass die Frau in manu des Vaters stehe, oder durch diesen in manum des Ehegatten gestellt worden sei. Über diese Bedingungen hinaus durfte der Vater den „Verführer“ rechtmässig nur dann töten, wenn er gleichzeitig auch seine Tochter tötete.<sup>94</sup>

Das Gesetz hat auch solche Fälle geregelt, wie z.B. wenn die Nachricht verbreitet wird, dass der Ehegatte gestorben sei, die Ehegattin heiratet, der Ehegatte aber zurückkommt. Zwischen die durch das Gesetz geregelten Fälle gehörte auch die Beschwerde des lotterhaften, ein sittenloses Leben führenden Mannes wegen der Untreue seiner Ehegattin. Im letzteren Falle erhielt der Ehegatte keinen Rechtsschutz und konnte von seiner Frau keine Treue erfordern.

Die Annahme nach der Notzucht einer materiellen Vergeltung für den Beischlaf galt als Ehebruch:

<sup>93</sup> Laut einigen Autoren stand das Recht der unbeschränkten Vergeltung nur dann zu, wenn die Frau in manu des Ehegatten war. Wenn aber die Ehegattin *filia familias* geblieben ist, konnte der Vater die ehebrecherische Frau töten. Andere Autoren vertreten demgegenüber die Ansicht, dass das Recht auf Retorsion aus der Ehe herrührt. S. a.: *Gide Étude sur la condition privée de la femme*. Zitiert durch *Bouché*, o. a. W. S. 14.

<sup>94</sup> S. a.: *Zoltán Halász*: o. a. W. S. 48.

„De crimine adulterii pacisci non licet et par delictum accusatoris praevincatoris et refugientis veritatis inquisitionem est, qui autem pretium pro comperio stupro accepit, poena legis Juliae de adulteriis tenetur.“<sup>95</sup>

Auch jener Fall galt als Ehebruch, als der Ehegatte für den Beischlaf mit seiner Frau von einer dritten Person Geld annahm.

Im Falle des Ehebruchs war der Ehegatte verpflichtet, das Delikt anzu-melden, bzw. diesbezüglich eine Anklage zu erheben. Wenn er dies versäumte und weiter mit seiner untreuen Frau lebte, hat er das Verbrechen der Kuppelei (lenocinium) begangen. Als Kuppelei hat auch gegolten, wenn jemand eine wegen Ehebruch verurteilte Frau heiratete.

„Castitati temporum meorum convenit lege Julia de pudicitia damnatam in poenis legitimis perseverare. Qui autem adulterii damnatam, si quocumque modo poenam capitalem evaserit, sciens duxit uxorem, vel reduxit, eadem lege ex causa lenocinii puniatur.“<sup>96</sup>

Bezüglich der Notzucht wird in der Literatur darüber diskutiert, ob diese Straftat den Tatbestand der iniuria, oder des stuprum erfüllte.<sup>97</sup> Unserer Ansicht nach galten die Notzucht-Fälle — schon infolge der Schwere der Strafe — als stupra.

Diese Ansicht wird auch durch folgende Bestimmungen des Gesetzes unterstützt.

Im Falle der Notzucht hat das Gesetz auch bezüglich dessen differenziert, ob nur eine lotterhafte, ein sittenloses Leben führende Frau, oder eine in einem Bordell wohnende Prostituierte vergewaltigt wurde.<sup>98</sup> Die zweierlei Bestimmungen lauten:

„Foedissimam earum nequitiam, quae pudorem suum alienis libidinibus prosternunt, non etiam earum, quae per vim stupro comprehensae sunt.“<sup>99</sup>

beziehungsweise:

„Si ea, quae tibi stupro cognita est, passim venalem formam exhibuit ac prostituta meretricio more vulgo se praebuit, adulterii crimen in ea cessat.“<sup>100</sup>

Die Notzucht wurde für ein sehr schweres Delikt gehalten. Anderen schweren Verbrechen ähnlich wurden ausser den unmittelbaren Verübern der Tat auch jene Personen bestraft, welche sich zur Begehung des Verbrechens verabredet, bzw. organisiert haben.

<sup>95</sup> C. 9.9.10. „Wenn eine Person vergewaltigt wurde und die eine Anzeige erstattete, aber es sich herausgestellt hat, dass sie nach dem Beischlaf Geld angenommen hat, galt dies nur als Ehebruch.“

<sup>96</sup> C. 9.9.9. „Wer wissentlich eine Frau heiratete, oder zurücknahm, die wegen Ehebruchs verurteilt war, die schwerste Strafe aber nicht vollstreckt wurde, ist wegen der Kuppelei zu bestrafen.“

<sup>97</sup> Siehe genauer: Elemér Pólay: A személyiség polgári jogi védelmének történetéhez. Iniuria-tényállások a római jogban. = Zur Geschichte des bürgerrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit. Iniuria—Tatbestände im römischen Recht. Acta Juridica et Politica Szeged, Tomus XXX. Fasciculus 4, 1983. S. 19 und 86.

<sup>98</sup> Siehe genauer: o. a. W. des Kálmán Merényi, S. 6—9.

<sup>99</sup> C. 9.9.20. „Wenn eine Prostituierte vergewaltigt wird, gilt dies als stuprum.“

<sup>100</sup> C. 9.9.22. „Wenn eine Bordell—Prostituierte vergewaltigt wird, ist das nur ein Ehebruch.“

„Defensores civitatum oblatos sibi reos in ipso latrocinio vel congressu violentiae aut perpetrato homicidio stupro vel raptu vel adulterio deprehensos et actis publicis sibi traditos expresso crimine cum his, a quibus fuerint accusati, mox sub idonea prosecutione ad iudicium dirigant.“<sup>101</sup>

In dieser Bestimmung glauben wir die Grundlagen des Rechtsinstituts des Komplotts, bzw. der in den angelsächsischen Rechtssystemen vorhandenen „Bündelei zur Verübung von Straftaten“ zu entdecken. Die so strenge Beurteilung bekundet sich auch darin, dass der Geltungsbereich der üblichen österlichen Amnestie sich — nebst anderen Delikten — auch auf die Notzucht nicht erstreckt hat.

„Quis enim sacrilego diebus sanctis indulgeat? Quis adultero vel stupri vel incesti reo tempore castitatis ignoscat?“<sup>102</sup>

Die nicht freien Frauen konnten sich wegen dem ihnen zugefügten Leid nicht beschweren. Es ist bekannt, dass die ein unanständiges Leben führenden Frauen — Prostituierte, Eigentümerinnen von Bordellen — ihre bürgerlichen Rechte verloren haben<sup>103</sup> und — wie auch die Schauspielerinnen und die im Konkubinat lebenden Frauen — vom Gesetz nicht geschützt wurden.<sup>104</sup> Das Gesetz hat auch jene Tat bestraft, wenn der Sohn die Konkubine seines Vaters heiratete.

„Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt, quia minus religiosam et probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt.“<sup>105</sup>

Mit der schwersten Strafe — dem Feuertod — wurden jene freien Frauen bestraft, die mit ihren Sklaven geschlechtlich verkehrten, oder Unzucht trieben.

„Cum servum matris tuae et stupro violasse dominam suam et turpis coniunctionis maculam excogitandae ingenuitatis collusionem ac falsae captivitatis velamento apud competentem iudicem optegera voluisse proponas nec libertatem ei matrem tuam dedisse, sed in solam ingenuitatem eum nudae voluntatis mendacio producere enisam adseveres, servum esse palam est.“<sup>106</sup>

In der Epoche nach der lex Julia nahmen die sexuellen Ausschweifungen solche Dimensionen an, dass kaiserliche Ehegattinnen und aus vornehmen

<sup>101</sup> C. 5.5.7 „Der Vorstand der Stadt hatte die Pflicht, jene Personen, die sich zur Verübung des Raubes, des Mordes, der Notzucht, oder des Ehebruchs verbanden — wenn sie festgenommen wurden — samt den Verübern dem Richter zu über geben.“

<sup>102</sup> C. 1.4.3.2. „Auf die Osterzeit wurde Amnestie erteilt. Wer wäre jedoch nachsichtig gegenüber Kirchenräuber. Eben deshalb wurden auch die während dieser Zeit verübten Gewaltakte, oder mit dem Ehebruch zusammenhängenden Delikte strafrechtlich verfolgt.“

<sup>103</sup> Kálmán Merényi: o. a. W. S. 7.

<sup>104</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 51.

<sup>105</sup> D. 5.4.4.: „Das Kind durfte die Konkubine seines Vaters nicht heiraten, da dies als Gottlosigkeit galt und als stuprum erachtet wurde.“

<sup>106</sup> C. 7.20.1.: „Wenn eine freie Frau mit ihrem Sklaven zusammenlebt, gilt dies als stuprum.“

Häusern herkommende Familienmütter und Mädchen Bordelle besuchten und dort prostitutionelle Tätigkeit trieben.<sup>107</sup>

Tiberius hat ein sehr strenges Gesetz geschaffen, in welchem er nicht nur die Aufnahme vornehmer Frauen in die Reihe der Prostituierten verbot, sondern auch die Strafe der Verletzer dieses Verbots — Tod oder Exil — festgesetzt hat.<sup>108</sup>

Spuren der *actio libera in causa* und ihrer Strafbarkeit finden wir in der Bestimmung, laut welcher neben der Ehegattin auch jener Ehegatte des Verbrechens des Ehebruchs schuldig ist, welcher seine Ehegattin mit jemandem zusammenführt, sozusagen jemandem anbietet, um seine Ehegattin beim Ehebruch zu ertappen.<sup>109</sup>

Der Ehebruch wurde durch Caracalla mit einem erschwerten Tod bestraft, durch Konstantin wurde der Ehebruch als Angriff gegen Gott, als Straftat gegen die Religion betrachtet. Letzterer hat auch den Kreis der Beschwerdeführer — und zwar extensiv — festgestellt. Ausser dem Ehegatten und dem Vater der Frau konnte auch ihr Bruder und der Onkel beider Parteien — so der Onkel der Frau, wie der des Mannes — Beschwerde erheben.<sup>110</sup>

Im Falle des Vergebens — zu welchen es binnen zwei Jahren kommen konnte — musste der Ehegatte eine Erklärung ablegen, dass er die eheliche Lebensgemeinschaft mit seiner Ehegattin wiederherstellen wird. In diesem Falle konnte er — von der früheren Regelung abweichend — wegen der Kuppelei (*lenocinium*) nicht verantwortlich gemacht werden. Wenn er nicht bereit war, seine Ehegattin zurückzunehmen, oder wenn er inzwischen verstorben ist, blieb die Ehegattin bis zu ihrem Tode in einem Kloster.<sup>111</sup>

Auch die Bigamie wurde durch das Gesetz gestraft, jedoch galt diese Tat nicht als Ehebruch, sondern als *stuprum*.

„Verumtamen ei, qui te ficto coelibatu, cum aliam matrem familias in provincia reliquisset, sollicitavit ad nuptias, crimen etiam stupri.“<sup>112</sup>

Schliesslich stehe hier eine sonderbare Verfügung, in welcher die strafbare Handlung nicht genau festgelegt, sondern nur ein allgemeiner Sammelbegriff, die Unsittlichkeit erwähnt wird.

„Si mulier repudii oblatione sine ulla legitima causa a se dati discesserit, ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus.“<sup>113</sup>

<sup>107</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 52. Kálmán Merényi: o. a. W. S. 7.

<sup>108</sup> S. a.: Rudolf Quanter: Die Sittlichkeitsverbrechen. Berlin 1904. S. 58.

<sup>109</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 52. Unserer Ansicht nach bildet dieses Delikt einen Grenzfall mit dem Delikt der Kuppelei (*lenocinium*).

<sup>110</sup> Bouche: o. a. W. S. 106.

<sup>111</sup> Zoltán Halász: o. a. W. S. 53.

<sup>112</sup> C. 9.9.18.1. „Jener Mann, der — während er seine Ehegattin in einer anderen Provinz zurückgelassen hat — jemanden zur Ehe verleitet, begeht das *stuprum*.“

<sup>113</sup> C. 9.9.34. „Wenn jemand — nicht aus einem gesetzmässigen Grund — getrennt lebt und eine unsittliche Tat begeht, gilt dies als *stuprum*.“

## Alfenus Varus iuris consultus

### I.

1. Wir alle neigen dazu, im Licht des klassischen Rechts die Juristen des republikanischen Zeitalters, die mit ihrer Tätigkeit, ihren Schöpfungen die Grundlagen des sich entwickelnden Warenaustauschrechts niederlegten, die Entwicklung des Rechts für Jahrhunderte festzusetzen, zu vergessen. Ja sogar haben sie mit ihrer respondierenden Tätigkeit gegen Ende des republikanischen Zeitalters auch die Detailregeln in einem immer weiteren Kreis erzeugt.<sup>1</sup> Die Entwicklung des Privatrechts der Republik war in die Hände des Prätors niedergelegt. Mit Rücksicht aber darauf, daß die meisten Prätores nicht rechtskundige Politiker waren, waren sie notwendigerweise auf die Hilfe der Rechtsgelehrten des gegebenen Zeitalters angewiesen. Diese haben deshalb auf die Entwicklung des Rechtslebens unmittelbar oder mittelbar einen entscheidenden Einfluß ausgeübt. Anstatt der im Recht nicht bewanderten Prätores haben sie die durch den Prätor erlassenen Klageformeln, außergerichtliche Rechtshilfen gemacht, normierend damit die Ordnung der Befriedigung, Generallinie der privatrechtlichen Ansprüche (Pomp. D. 1.2.2.44), lenkend damit in vielen Fällen unmittelbar die Entwicklung des Rechtes. Die Wirkung war natürlich noch unmittelbarer, wenn ein Rechtsgelehrter das Amt eines Prätors oder Konsuls versah,<sup>2</sup> Dann sollte er selbst den eventuell skrupulösen, mit amtlicher Gewalt bekleideten laischen Beamten nicht hören. Die andere wichtige Tätigkeit der Rechtsgelehrten war, die sich an sie wendenden Parteien und eventuell den laischen Richter fachgemäß zu instruieren.<sup>3</sup> In diesem Fall übte ihre Ansicht nur eine mittelbare Wirkung aus. Der Richter entweder akzeptierte diese oder nicht. Aber in den meisten Fällen hatte der des Rechtes nicht kundige Richter keine Wahl; aus Mangel des Rechtsregels konnte er sich nur auf die Ansicht der Rechtsgelehrten stützen.

<sup>1</sup> Pólay, E.: Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen. *Acta Juridica et Politica Univ. Szeged.* Tom. XXVI. Fasc. 6. 1979. — F. Schulz: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft.* Weimar, 1961, S. 55, 61, 71, 94.

<sup>2</sup> So z. B. der Prätor M. Junius Brutus (D. 1. 2. 2. 39 und das angeführte Werk des Schulz. S. 55), der consul P. M. Scaevola, in 133 v. u. Z. Q. M. Scaevola in 95 v. u. Z. (D. 1. 2. 2. 3), consul M. Manilius, in 149 v. u. Z. (D. 1. 2. 2. 39), consul P. Rutilius, in 105 v. u. Z. (D. 1. 2. 2. 40), Prätor C. Aquilius Gallus, in 66 v. u. Z., consul Servius, in 51 v. u. Z. Schulz: *A. a. O.*, S. 56. Consul P. Alfenus Varus, in 39 v. u. Z. (D. 1. 2. 2. 44).

<sup>3</sup> M. Kaser: *Römische Rechtsgeschichte.* Göttingen, 1967. 2. — S. 164. — F. Wieacker *SZ* 84/1967, S. 442. D. Nörr: *Spruchregel und Generalisierung*, *SZ* 89 (1972.), S. 38ff. Pólay, E.: *A. a. O.* S. 53ff.

Unter dem Einfluß der den punischen und später den östlichen Kriegen folgenden Sklaven-Dömping ist im Wirtschaftsleben eine explosionsartige Änderung eingetreten. Die sich steigernde Produktion zur Markt zog hinter sich auch den Aufschwung des Handelslebens. Das Zwölftafelgesetz bzw. die sich davon derivierten Regeln könnten Ansprüche dieser gesellschaftlichen Ordnung nicht mehr befriedigen. Es blieben trotz der ediktalen Rechtsbildung des Prätors — eben infolge der schnellen gesellschaftlich-wirtschaftlichen Entwicklung — unregelte Gebiete im alltäglichen Rechtsleben. Es war die an der griechischen Philosophie geschulte Rechtswissenschaft die geeignetste, sogar vielleicht die allein geeignete, diese zu ersetzen.<sup>4</sup> Die schnellste Phase der wirtschaftlich-gesellschaftlichen Entwicklung Roms war die Zeit von 120—130 Jahren, die von der Mitte des Jhs. II v.u.Z. bis zum letzten Drittel des Jhs. I v.u.Z. verging. Die augusteische Pax Romana zeigt schon gegen die Konservierung der ausgestalteten Ordnung.

2. Der am Ende dieses sich ändernden Zeitabschnittes war tätig Alfenus Varus,<sup>5</sup> der ein aktiver Teilnehmer der sich unter den geänderten Umständen ausgestaltenden neuen Rechtsordnung gewesen sein soll. Die hintergelassenen Werke des Alfenus repräsentieren die vorklassische Rechtswissenschaft am besten. Es ist deshalb naheliegend, daß wir die Rechtsordnung des Endes der Republik durch ihn präsentieren. Es ist aber auch deshalb nicht interesselos, die Tätigkeit des Alfenus zu untersuchen, weil die moderne Romanistik ihn stiefmütterlich genug behandelte. Man sprach über ihn meistens als über den discipulus des Servius.<sup>6</sup> In der Literatur ist im allgemeinen Servius für den Hervorragendsten der vorklassischen Rechtswissenschaft gehalten, während Alfenus nur als ein bedeutender discipulus erwähnt wird.<sup>7</sup> Dieser Standpunkt kann auf zwei Umstände zurückgeführt werden. Teils auf die den Servius lobenden Äußerungen Ciceros und teils darauf, daß er für die Verstärkung der Stellungnahmen des Alfenus oft die Ansicht seines Lehrmeisters Servius anführt. Was die von Cicero gegebene Bewertung anbelangt (De leg. 2.47), dürfen wir nicht ungeachtet lassen, daß Cicero der beste Freund des Servius war. Sie waren in Rhodos, in der Rhetorenschule Mitschüler (Cic. Brut. 151) und der Rhetor Cicero und der Rechtsgelehrte Servius haben auch in Rom eine innige Freundschaft aufrechterhalten.<sup>8</sup> Cicero hat Servius mit

<sup>4</sup> Pólay, E.: S. 78—79 sagt demgegenüber wie folgt: Die Erscheinung der bonae fidei iudicia im Zivilrecht und die rechtliche Regelung des Güteraustausches mit den Fremden erschaffen die Notwendigkeit der Revolutionierung des Zivilrechts. Alle diese geschehen mit der Eindringung der dialektischen Methode in das Bewußtsein der Juristen und die dazu nötige Ideologie wird durch Kategorien der griechischen Philosophie in der letzten Periode der Republik geliefert. Vgl. noch Schulz: A. a. O., S. 73ff.

<sup>5</sup> Er war consul in 39 v. u. Z. (Pomp. S. 1. 2. 2. 44).

<sup>6</sup> Dessen Ursprung führt wahrscheinlich auf Gellius zurück (Noct. Att. 7. 5. 1). „*Alfenum iure consultum Servii Sulpicii discipulum...*“ Von diesem Gesichtspunkt aus soll auch nicht vernachlässigt werden, was Pomponius schreibt (D. 1. 2. 2. 43). Diesem gemäß wurden die zwei responsum-Sammlungen des Servius von seinen zwei Schülern, Aufidius Namusa und Alfenus veröffentlicht. Vgl.: Schulz: A. a. O. S. 108—9, ferner L. Wenger: Die Quellen des römischen Rechts. Wien, 1953, S. 484.

<sup>7</sup> Vgl.: Schulz: A. a. O. S. 82 und 113. Von Servius spricht viel genug die Literatur. Von Alfenus schrieb dem Wesen nach nur De Sarlo eine Monographie.

<sup>8</sup> Pólay, E.: (A. a. O., S. 69) erörtert, daß Cicero den Servius zum Vorbild, nahm, als er von den Rechtsgelehrten spricht. D. h.: Ein Rechtsgelehrter könne nur der sein, der die aristotelischen Denknormen, die dialektische Methode besitzt und diese anwendet. Schulz laßt nicht außer Betracht die Voreingenommenheit des Cicero (A. a. O., S. 113).

einem oratorischen Feuer den einzigen Artist der Jurisprudenz genannt (Brut. 152). Annehmlich war Ciceros Feststellung in seinem eigenen Zeitalter in der Tat wahr (Pomp. D. 1.2.2.43). Dem Alfenus, der jünger als Cicero und Servius war, soll wahrlich die Rolle des discipulus zugefallen sein. Seine Tätigkeit entfaltete sich erst später.

Wir finden bei Alfenus, im Laufe der Entscheidung eines Satzes, das Feuer des Servius. Dies ist nicht überraschend. Er war doch der discipulus des Servius. Er hat vermutlich in sehr vielen Fragen den Standpunkt seines Lehrmeisters übernommen. Und die Bezugnahme auf den gelehrten Meister verstärkte die Richtigkeit der gegebenen Meinung. Es folgt aber aus diesem nicht, daß Alfenus nur der Kopierer des Servius gewesen wäre. Es ist daraus vielmehr darauf zu schließen, daß er die Ansicht seines gelehrten Meisters in Ehren hielt, von Fall zu Fall sich auch auf diese berufend. Es war übrigens auch bei den Juristen des klassischen Zeitalters sehr häufig, daß sie sich auf einige große Vorgänger berufen haben. Besonders an Quellenstellen von Ulpian und Paulus (z.B. D. 19.2.15.2. — 39.3.24.4) zitiert Ulpian lieber Servius; in D. 39. 3.2.5, hingegen beruft sich Paulus lieber auf Alfenus. Daraus denkt aber niemand, daß er diese vor die großen Klassiker lege.

Aus den Gesagten wollen wir in bezug auf die zwei Gelehrten keine Rangordnung aufstellen — was übrigens auch nicht möglich wäre — und wir möchten nicht einmal ein Gleichheitszeichen zwischen sie legen. Wir möchten nur annehmbar machen, daß die Untersuchung der Tätigkeit des sehr viele Schriften hinterlassenen Alfenus am geeignetsten scheint, die Rechtswissenschaft des Endes der Republik vorzuführen, weil seine Schriften in ziemlich großem Umfang zurückgeblieben sind.

3. Bevor aber wir die Tätigkeit des Alfenus näher untersuchen, werfen wir einige Blicke auf die Tätigkeit der Juristen der „veränderlichen Welt“. Die rechtlichen Ansprüche der schlummernden Gesellschaft der Jahrhunderten IV—III v.u.Z. wurden durch das Zwölftafelgesetz bzw., durch die Interpretation dessen reichlich befriedigt. Das kann aber vom Jh. II nicht mehr gesagt werden, als dies explosionsartigen wirtschaftlichen Änderungen auch durch das Recht selber gefolgt werden mußten.<sup>9</sup> Der Formenkonservatismus der Römer zufolge sollte die vom Leben gewünschte Rechtsordnung mit neuen Methoden ausgestaltet werden.<sup>10</sup> Rom hat dies in der Form des prätorischen Edikts gefunden. Dann trug dazu die Tätigkeit der Rechtsgelehrten bei, die ihren Spitzenpunkt besonders in der Mitte des Jh. I v.u.Z. erreicht hatte.<sup>11</sup> Außer den die rechtlichen Änderungen herbeiführenden wirtschaftlichen, gesellschaftlichen Änderungen übte einen entscheidenden Einfluß auf die Entwicklung des Rechtes die Einströmung der griechischen Philosophie in Rom aus. Diese ermöglichte die Auflockerung der Grenzen zwischen dem steifen Zivilrecht und dem elastischen prätorischen Recht, mit Hilfe der

<sup>9</sup> Denken wir z. B. daran, daß am Ende des II. Jh. Roms Einwohnerschaft sich der einen Million nähert. Dies zieht nach sich die Augestaltung der Wohnungsmiete und — dem Aufschwung des Handelstätigkeit zufolge — die Ausgestaltung der verschiedenen Vertragstypen.

<sup>10</sup> Pólay (a. a. O., S. 33ff.) behandelt die Frage eingehend. Schulz (a. a. O., S. 44ff.) nennt dieses Zeitalter die hellenistische Periode der römischen Rechtswissenschaft.

<sup>11</sup> Pólays Feststellung (a. a. O., S. 73), daß in der Zeit des Servius die Entwicklung des römischen Rechts den größten Schritt vorwärts ausführte, kann kaum in Frage gestellt werden.

Kategorien der *aequitas* (förmliche Rechtsgleichheit der Parteien vor dem Gericht), des *ius naturale* (das auf der Natur der natürlichen Vernunft beruhende Recht), des *ius gentium* (das gemeine Recht der Völker).<sup>12</sup> Unter dem Einfluß der griechischen Philosophie — zunächst einmal der dialektischen Methode — änderte sich die Denkungsart der Juristen. Es entfaltete sich anstatt der Treue zu den steifen Formen eine elastische, sich zu den neuen Bedürfnissen des Lebens richtende juristische Tätigkeit.

Die Frage ist, in welchem Grade Alfenus die dem Zeitgeiste entsprechenden Prinzipien akzeptierte wie weit bei ihm die Wirkung des dialektisch geschulten Servius bewiesen werden kann.<sup>13</sup> Ob er das Recht wahrlich auf einem Niveau praktisierte, wie wir dieses am Anfang der Abhandlung vorausgesetzt haben? In den Folgenden probieren wir auf diese Fragen eine Antwort zu finden.

## II.

1. Wir wissen verhältnismäßig wenig vom Leben des Alfenus. Nur einige Hinweise sind bei antiken Schriftstellern und Gelehrten auf ihn zu finden. Es gibt darauf keine genaue Angaben, wann er geboren und gestorben ist: „ut Alfenus veter omni obiecto instrumento artis clausaque tabernae tutor erat Porphyrio: urbane Alfenum Varum Cremonensem deridet, qui obiecta sutrina, qua min municipio suo exercuerat, Romam petit magistroque usus Sulpicio iuris consulto ad tantum pervenit, ut et consultatum generet et publico funere efferretur“

(Horatius: Satir. 1.3.—130)

Nach Porphyrio entstammte er aus Cremona. Seine originelle Beschäftigung war Schuster. Dann geriet er nach Rom und wurde der Schüler des iuris consultus Servius. Die letztere Angabe von Gellius bestätigt (Noct. Att. 7.51.1), das Alfenus etwas aus dem Buch 34 des iurisconsultus zitiert, aber er erwähnt auch, daß dieser Schriftsteller der Schüler des Servius war. Wir finden ihn ähnlicherweise unter den Schülern von Servius bei Pomponius (D. 1.2.2.44). Als ein Anhänger des Caesar,<sup>14</sup> bekam er in 39 v.u.Z. den Konsulat (Pomp. D. 1.2.2.44). Daneben haben wir noch eine biographische Angabe. In 41 hat er in Transpadana — zusammen mit Asinus Pollio und Cornelius Gallus — als der Leiter des Komitees der Bodenverteilung für die Veteranen das Vermögen des Vergil verteidigt.<sup>15</sup> Er wurde deshalb von Vergil an mehreren Stellen gelobt (Ecloga 7.9; Aeneis 6.264). Sie haben angeblich den epikureischen Siron zusammen gehört.<sup>16</sup> Sie waren als Schulkameraden annehmlich in Freundschaft, ebenso wie Cicero mit Servius.

Es stellte sich aus einigen, zur Verfügung stehenden, Angaben aus, daß

<sup>12</sup> Pólay, E.: A. a. O., S. 79.

<sup>13</sup> Schulz: A. a. O., S. 73ff, Pólay: A. a. O., S. 72.

<sup>14</sup> W. Kunkel (Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen. Köln—Graz—Wien, 1967, S. 55) bemerkt, daß die italischen Rechtsgelehrten (d. h. nicht mit römischer Geburt) — mit ein-zwei Ausnahmen — von den römischen Rittern stammten. Eine solche Ausnahme war Alfenus, ähnlich anderen Italikern. Als ein Anhänger des Caesar, hat er im Laufe seiner politischen Laufbahn das Amt des Konsuls erreicht. Ebenso: A. Guarino: Storia del diritto romano. Napoli, 1975, S. 312.

<sup>15</sup> W. Kunkel: A. a. O., S. 29, Fußnote 62, ferner E. Klebs RE, Bd. 8, Spalte 1472.

<sup>16</sup> E. Klebs: RE, Bd. 8, Sp. 1472.



der provinzielle Schuster. in Rom ein Rechtsgelehrter wurde. Ja sogar erreichte dieser *homo novus* auch sehr hohe staatliche Ämter. In der Literatur ist nur seine Beschäftigung dahingestellt geblieben. Klebs und Kunkel<sup>17</sup> nehmen an, daß er nicht als ein Schusterarbeiter tätig war, sondern als (solcher), ein zum Ritterorden gehörender Unternehmer, der eine Unternehmung aufrechterhaltend, die Schuhe mit Sklaven verfertigen ließ. Kasers Meinung nach war nur ein Großbetrieb dazu fähig, dem Alfenus das Lernen bzw. die Amtierung zu sichern. Nach Schulz ist die Beschäftigung als ein Schuster bei Alfenus ebenso unwahrscheinlich, wie daß der Urgroßvater des Augustus ein freigelassener Seilschläger und Ciceros Vater ein Arbeiter in einer Tuchweberei gewesen wäre.<sup>18</sup> Aus der Satire des Horaz stellt es sich nur heraus, daß er ein Schuster war (*sutor erat*). Es steht noch dahin gestellt, was im Text das Verb *exerceo* bedeutet. Es ist zweifellos, daß es die Übung von etwas aber auch die Beschäftigung von jemandem bedeuten kann.<sup>19</sup> Das kann aus dem Text allein nicht unzweideutig entschieden werden. Ganz sicherlich war seine originale Beschäftigung Schuster. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß er auch Lohnarbeiter oder Sklaven anstellte. Es ändert natürlich überhaupt nicht seine Abtammung, ob er die Schuhe allein machte oder zusammen mit seinen Lohnarbeitern. Der Ausdruck „*sutor erat*“ bezeichnete auf alle Fälle seine Beschäftigung.

Im Zeitalter der Bürgerkriege war gar nicht schwierig, eine politische Bahn durchzulaufen, wenn jemand dazu fähig war. Aus der Tatsache, daß er in 39 Konsul war, kann die Folgerung gezogen werden, daß seine Tätigkeit als eines Jurisconsult ganz auf das Ende des vorklassischen Zeitalters fiel. Einige zählten ihn schon zu den Juristen des Prinzipates, als sie sagten, daß er selbst unter Augustus noch lebte. Wir stimmen mit Schulz völlig überein bezüglich der Unhaltbarkeit dieses Standpunktes.

2. Alfenus schrieb auch ein Digestenwerk, das nach dem Index Florentinus aus 40 Büchern bestand.<sup>21</sup> Es ist wahr, daß in Justinians Digensten nur ein Hinweis auf das 39-ste Buch zu finden ist, bei Paulus (D. 3.5.20. pr). Dies bedeutet natürlich nicht, daß sein „*digesta*“ nicht aus 40 Büchern bestehen konnten, weil die justinianische Gesetzgebung auch von den anderen Büchern nicht alles übernahm. Aufgrund von Gellius (7.5.1) ist wahrscheinlich daß Alfenus außer den Digesten auch ein anderes Werk hatte, die *Coniectanea*.<sup>22</sup> Aber wenn wir den Text des Gellius in Betracht nehmen, können wir höchstens nur die Folge ziehen, daß die *Coniectanea* irgendeine andere Zusammenstellung der *digesta* sei, weil auch Gellius so etwas aus dem Text des Vertrages zwischen Carthago und Rom anführt, daß dieser in lib. 34 der *digesta* und in lib. 2 der *Coniectanea* des Alfenus zu finden sei.

<sup>17</sup> E. Klebs: RE, Bd. 8, Sp. 1472, sowie Kunkel: A. a. O., S. 29. Gegenüber ihnen nennt ihn Wenger (a. a. O.) einfach einen Handwerker.

<sup>18</sup> Schulz: A. a. O., S. 49.

<sup>19</sup> Finálly, H.: A latin nyelv szótára (Wörterbuch der lateinischen Sprache) Budapest, 1884, S. 734.

<sup>20</sup> Schulz: A. a. O., S. 359, Fußn. 9, sowie F. Jörs: RE, Bd. 8, Spalte 1475.

<sup>21</sup> Schulz: A. a. O., S. 254, Guarino: A. a. O., S. 312.

<sup>22</sup> So zunächst einmal Level, Palingenesia Iuris civilis I. 1889, S. 38.

<sup>23</sup> Jörs: (A. a. O., Sp. 1475). Er hält den Standpunkt des Lenel für ausgeschlossen — übereinstimmend mit den Ansichten des Krüger und des Karlowa — weil dies, seiner Ansicht nach, mehr aus der Sammlung des Aufidius Namusa ist, mit dem sie bei Servius zusammen gelernt haben.

D.h., es ist in beiden Werken derselbe Text. Da auf die Coniectanea außer Gellius niemand hinweist, können wir nur annehmen, das dieses Werk nur irgendein Auszug der *digesta* gewesen sein mag, aber keinesweg eine selbstständige Erschaffung des Alfenus. Die *communis opinio* lehnt unzweideutig das Bestehen eines anderen Werkes des Alfenus ab.<sup>23</sup>

Der herrschende Standpunkt in der Literatur ist, daß die justinianischen Kodifikatoren Texte aus dem Werk „*digesta*“ von drei Stellen nahmen.<sup>24</sup> Nach Schulz<sup>25</sup> sollen sie auch den Originaltext der *digesta* des Alfenus gekannt haben. Es standen fernerhin zu ihrer Verfügung die *epitomae* des Paulus, sowie der Auszug eines unbekannten Verfassers. Die Kompilatoren führen Alfenus auf dreifache Weise an:

- a) Alfenus libro ... *digestorum*
- b) Alfenus libro ... *digestorum a Paulo epitomatorum*
- c) Paulus libro ... *epitomatorum Alfeni digestorum*.

Die letzten zwei zeigen die Umarbeitung durch Paulus, wenn auch diese auf verschiedene Weise formuliert sind. Die gemäß der ersten Anführungsweise gezeigten Texte stammen entweder aus den originalen *Digesten* oder aus dem anonym bearbeiteten Werk.<sup>26</sup> Bei einigen klassischen Autoren kommen zwar auch solche Texte vor, die die Meinung des Alfenus anführen, ohne die Quellenstelle zu bezeichnen. Diese sollen auf alle Fälle aus dem Originalwerk entstammt sein.

Es scheint eine einzige Frage diskutabel zu sein. Nämlich wovon die gemäß der im Punkt a) angegebenen Zitierungsweise verfaßten Texte stammen. Sie mögen zweifellos aus dem Originalwerk oder aus einem Auszug entstammt sein. Die allgemeine Auffassung sieht es bewiesen genug zu sein, daß es einen solchen anonymen Auszug gab,<sup>27</sup> obwohl der Index Florentinus diesen nicht erwähnt. Dem Standpunkt Ferrinis nach<sup>28</sup> hielt der Excerptor am Stil des Alfenus und dem zeitgenössischen Wortgebrauch fest, im Gegensatz zu Paulus, der nur die Lösungen der Fälle von Alfenus übernimmt. Seiner Meinung nach soll der Excerptor das Material in den Zeiten unmittelbar nach der Regierung des Kaisers Hadrian bearbeitet haben. Der Meinung des Schulz nach lebte der Bearbeiter nach Paulus.<sup>29</sup> Lenel führt in der *Palingenesia* (I. 38.54.1) alle die in den justinianischen *Digesten* gefundenen Fragmente<sup>30</sup> vor. In den justinianischen *Digesten* können an 90 Stellen Zitate von Alfenus zu finden. Nach Lenel stammen die ersten drei Stellen aus dem Originalwerk des Alfenus, die Stellen von 4 bis 300 aus dem Auszug des anonymen Bearbeiters, die Stellen 13—74 aus den Auszügen des Paulus, während bei den Stellen 75—95 das Werk nicht bezeichnet wurde, nur der Name des Alfenus.

Der letztere Teil soll auf alle Fälle als das Originalwerk des Alfenus

<sup>24</sup> Jörs (a. a. O., Spalte 1473) hat gewisse Zweifel in Hinsicht des unbekannten Bearbeiters. Vgl. noch weiter: Wenger: A. a. O., S. 484. Lenel: Pal., Bd. I, S. 38ff. Opere Ferrini II, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo* (Milano 1929), S. 169ff.

<sup>25</sup> Schulz: A. a. O., S. 254ff, W. Kalb: *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*. 1890, S. 36—42. Die Sprüche und Ausdrucksweise prüfend stellt er fest, daß die Kodifikatoren den Originaltext des Alfenus gekannt haben.

<sup>26</sup> Vgl.: Jörs: A. a. O., Spalte 1473, Schulz: A. a. O., S. 254, Ferrini: A. a. O., S. 169ff.

<sup>27</sup> Lenel: *Paling.* Bd. I, S. 38, Ferrini: A. a. O., S. 169, Schulz: A. a. O., S. 255.

<sup>28</sup> Ferrini: A. a. O., S. 174ff.

<sup>29</sup> Schulz: A. a. O., S. 255.

<sup>30</sup> Lenel: *Paling.* I. S. 38—54.

angesehen werden, weil wenn Paulus die originalen Digesten kannte, sollten diese auch die anderen Anführer gekannt haben, denn sie lebten nicht später als Paulus. Lenels Standpunkt scheint am wenigsten wahrscheinlich zu sein. Es scheint natürlich schwierig genug zu sein, unzweideutig zu entscheiden, ob die Kompilatoren aus dem Originalwerk des Alfenus die einzelnen Fragmente auswählten, oder sie die Beispiele aus dem vom anonymen Excerptor gemachten, den gekürzten Text des Alfenus enthaltenden Werk genommen haben. Dies ist aber auch nicht wesentlich vom Gesichtspunkt des Schlußresultats. Bei der Untersuchung der einzelnen Texte werden wir sehen, daß die responsa des Alfenus mit sehr wenigen nachklassischen bzw. kompilatorischen Änderungen in die Digesten gerieten. So ist es also nicht von Bedeutung, ob die Kompilatoren selbst das Werk von Alfenus oder einen die Ideen von Alfenus enthaltenden Auszug bearbeiteten, weil beide die von Alfenus beschriebenen Entscheidungen enthielten.

Es ist in Verbindung mit den Digesten von Alfenus eine ziemlich umstrittene Frage, ob die einzelnen responsa die Meinung des Alfenus oder des Servius enthalten. *Ferrini* versuchte ausdrücklich zu beweisen, daß die responsa meistens von Servius stammten.<sup>31</sup> *De Sarlo* überzeugt uns eher von dem Gegensatz von diesem.<sup>32</sup> *Jörs*, *Schulz* und *Guarino* stellen sich auf den Standpunkt, daß im Originalwerk des Alfenus die Meinungen von beiden zu finden ist, es aber schwierig sei, das Verhältnis von diesen zu entscheiden.<sup>33</sup> Sicherlich ist dieser letztere Standpunkt näher der Wahrheit. Es kann nicht unbeachtet gelassen werden, daß Pomponius (D. 1.2.2.43) von den Rechtsgelehrten des gegebenen Zeitalters — wahrscheinlich auch unter dem Einfluß des Cicero — Servius auf den ersten Platz stellt. Die Redakteure der Digesten nehmen ihn hingegen nicht in die Digesten, sondern führen seine Meinungen nur durch andere Juristen an. Annehmlich blieb nichts von seinen Schriften bestehen (dies ist auch ein indirekter Beweis dafür, daß die Digesten des Alfenus hingegen von den Kompilatoren gesehen waren). Alfenus, als ein Schüler, nahm den Standpunkt seines Meisters in vielen Beziehungen an, er weist häufig auch auf ihn hin, eben seiner großen Autorität zufolge. Es sind aber viel mehrere Fragmente, in denen Servius überhaupt nicht erwähnt wurde. Hier war die Meinung des Servius vermutlich verschieden oder hat er sich in der gegebenen Frage nicht geäußert. Oder möglicherweise hat er nicht für notwendig gehalten, für die Bestätigung des Satzes sich auf dieselbe Meinung seines Meisters zu berufen.<sup>34</sup> Wir würden quellenfeindlich handeln, wenn wir in dieser Frage einen steifen Standpunkt annähmen. Eines ist sicher: Es gibt in den justinianischen Digesten viel mehr solche Fragmente, in denen Servius keine Rolle hatte. Ob er von den Kompilatoren weggelassen wurde oder sich in diesen Fragen nicht geäußert

<sup>31</sup> *Ferrini*: A. a. O., S. 173ff.

<sup>32</sup> *De Sarlo*: Alfenus Varro e i suoi digesta (Milano 1940). S. 2 ff.

<sup>33</sup> Nach *Jörs*: RE, Bd. 8 (Spalte 1473) hatte Alfenus eine große Ehre gegen seinen Lehrmeister, es wäre aber eine erzwungene Lehre das Werk von Alfenus auf Servius zurückzuführen. Nach *Schulz* (A. a. O., S. 255, Fußn.) verwische sich der Unterschied, aufgrund der der Bearbeitung des Paulus, zwischen den responsa des Servius und des Alfenus, bzw. den Bemerkungen des Paulus. Aus der Benützung der Verbformen „respondi“ und „respondit“ kann man keine wesentlichen Folgerungen ziehen. Diese mögen Verkürzungen gewesen sein und auch eine gewaltsame Streichung ist nicht undenkbar. Vgl. noch auch mit *Guarino*: A. a. O., S. 312.

<sup>34</sup> *Ferrini* (a. a. O., S. 173) bemüht sich Servius aus den Quellen auch dort zu erweisen, wo es keinen Hinweis auf ihn gibt.

hatte, wird vielleicht hier erfahren werden. Es ist hingegen eine Tatsache, daß das Werk des Alfenus in die Digesten geriet — und nicht einmal an wenigen Stellen — und dies selbst allein garantiert den Wert des Autors, selbst wenn darin auch die Anerkennung seines Meisters mit einbegriffen ist. Zusammen mit Q. Mucius Scaevola vertreten nur sie beide die Rechtswissenschaft des vorklassischen Zeitalters in den Digesten. Die Kodifikatoren haben seine Schriften offensichtlich nicht zufälligerweise selektiert, wie auch Paulus die Digesten des Alfenus nicht zufällig bearbeitete. Die große Zahl seiner responsa konnte selbst noch im Zeitalter des Paulus angewendet werden. Dies ist so selbst wenn Paulus — den geänderten Verhältnissen entsprechend — auch seine eigene juristische Meinung dazugeschrieben hatte. Das bis zu Ende auf der Kasuistik<sup>35</sup> beruhende römische Recht fand eine nützliche Rechtsfall-Sammlung in den Digesten des Jurisconsulten Alfenus, die wesentlich die ganze Rechtswissenschaft des Endes des vorklassischen Zeitalters entschlossen.

### III.

1. Die Quellen erwähnen Alfenus selbst an mehreren Stellen als *iuris consultus*. Sehen wir aufgrund seiner *digesta*, wieweit er als solcher angesehen werden kann, Nach Cicero (De orat. 1.212) sei derjenige ein *iuris consultus*, der das Privatrecht in einer der Formen der Tätigkeiten von *respondere* (Begutachtung), *cavere* (Erzeugung von Vertrags- und Klageformeln) und *agere* (Unterweisung der Parteien auf Prozeßführung) treibt. In der *respondere*-Tätigkeit im weiteren Sinne sind auch die *agere*- und *cavere*-Tätigkeiten einbegriffen. Die letzteren zwei Tätigkeiten verengern sich für das Ende der Republik, die *respondere*-Tätigkeit breitet sich hingegen aus.<sup>36</sup> Nehmend dies in Betracht, können wir den *iuris consultus*-Charakter des Alfenus *prima facie*, aufgrund seiner *digesta* feststellen, weil nur in den Fragmenten der justinianischen Digesten mehr als hundert Fälle zu finden sind, die Alfenus beantwortete. Neben diesem formellen Kennzeichen scheint es natürlich zur Erkennung der Tätigkeit des Rechtsgelehrten auch die nähere Untersuchung der Fragmente notwendig zu sein.

2. *Lenel*<sup>37</sup> argumentiert betreffs des Bestehens des anonymen Auszugs zunächst damit, daß der unbekannte Excerptor den Auszug dem Edikt-System gemäß zusammengestellt hatte, während Paulus bei dem Digesten-System blieb. Diese Ansicht ist auch bei *Schulz* akzeptiert.<sup>38</sup> *Jörs* hat hingegen Zweifel in Hinsicht dieser zwei Arten des Systems.<sup>39</sup> Unserer Meinung nach kann auch der grundlegende Unterschied zwischen diesen zwei Arten des

<sup>35</sup> Vgl. für die Kasuistik des römischen Rechts: *Pólay*: A. a. O., S. 62 und 79.

<sup>36</sup> *Pólay* (A. a. O., S. 9, 26, 49) legt zwar die Zusammenschrumpfung der Aktivitäten *agere* und *cavere* auf den Anfang des Zeitalters. Wir können aber annehmen, daß diese Erscheinungen auch am äußersten Ende des nachklassischen Zeitalters bestanden. (Vgl.: *Kaser*: Rechtsgeschichte. S. 162). *Pólay* erörtert weiterhin auch, daß am Ende (der Republik) die Tätigkeit *respondere* dem Wesen nach aus vier Komponenten bestehe: *regula*, *definitio*, philosophische Rechtswissenschaft, dialektische Rechtswissenschaft.

<sup>37</sup> *Lenel*: Paling. I. S. 38.

<sup>38</sup> *Schulz*: A. a. O., S. 256.

<sup>39</sup> *Jörs*: RE, Bd. 8 (Spalte 1473).

Bearbeitungssystems noch unzweideutig behauptet werden. In dem von *Lenel* entzweigeteilten fragmentarischen System folgen die Fälle (*casus*) einander in derselben Ordnung — wenn es so gefällt: unsystematisch. — So beginnen die einzelnen Rechtsfälle in dem von *Lenel* rekonstruierten Werk des unbekannten Bearbeiters mit der *actio negativa* und den Nachbarrechten, dann beginnt er die mit der *lex Aquilia* verbundenen Rechtsfälle sofort zu besprechen. Das setzt er mit den durch die Sklaven begangenen Straftaten und danach folgen die Verträge und der Teil über die Erbschaft. Es gibt hingegen in der von *Lenel* bezeichneten Reihenfolge solche Unterschiede, daß nach Fragment 75 des Auszuges Fragment 62 folgt, das auf jede Weise vor die Klagen geraten würde, obwohl dieses Fragment von einem zum Verbrechen verleiteten Sklaven spricht, der das von seinem Herrn ihm anvertraute Geld gestohlen hatte.

Die ebenso von *Lenel* zusammengestellte Extrahierung des *Paulus* beginnt mit den Diensbarkeiten, dann enthält sie einen regula-artigen Teil in Verbindung mit der Ersitzung, damit ist der mit der Beerbung verknüpte Teil verbunden. Innerhalb der einzelnen Themen ist hingegen die Reihenfolge in beiden Systemen dieselbe. Das heißt, wenn der Auszug des unbekannten Autors beginnt, den mit der Beerbung verbundenen Teil zu erörtern, dann führt er diesen mehr oder weniger bis zum Ende durch. Aber auch *Paulus* folgt diesem System. Zweifelsohne kann man selbst bis zum Standpunkt *Lenels* hinankommen. Es ist aber auch nicht zu verwerfen, daß der unbekannte Bearbeiter das System der *Digesten* des *Alfenus* in Betracht zog, *Paulus* hingegen die *responsa* des *Alfenus* in das von ihm gebrauchte System eingefügt hatte. Dieses letztere scheint viel wahrscheinlicher zu sein, weil wenn wir nur einen einfachen Auszug von einem Werk machen, dann behalten wir das Originalsystem. Wenn wir aber die *responsa* in die Ordnung eines Buches hineingefügt benützen — dem Wesen nach hat *Paulus* dies gemacht — dann ist gewisse Modifizierung des Systems mehr vorstellbar.

Alle die Rechtsfälle vergleichend, mögen wir wesentlich die folgende Gruppierung machen. Es beschäftigen sich mit erbsschaftlichen Themen 24, mit Obligationen 40, mit eigentümlichen Verhältnissen 10 Fragmente. Es gehören auf das Gebiet des *ius publicum* 3 Fragmente. Diese Gruppierung kann manchmal willkürlich gesagt werden — besonders in ihrer prozeßrechtlichen Beziehung, weil in vielen Fällen auch auf andere Gebiete fallende Beispiele zu den Klagen hätten eingeteilt werden können. *Alfenus* schließt nämlich die Frage im Falle eines Streites mit der Einleitung der dees Eigentumsrechts bzw. des Personenrechts gibt. Dies schließt natürlich nicht aus, daß bei *Alfenus* viel mehr *responsa* solchen Charakters vorkommen konnten, aber diese später veraltet wurden.

3. Wie es aus den in die *justinianischen Digesten* aufgenommenen *alfenischen* Fragmenten hervorgeht, hat *Alfenus* den zu ihm Wendenden seine juristischen Gutachten in weitem Kreise gegeben. Die Frage ist, wie weit vor ihm die in der vorklassischen Jurisprudenz ausgestalteten rechtlichen Begriffe bekannt waren.

„*Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset, si recte de iniuria occiso eo agitur.*“  
(D. 9.2.52. pr.)

Er unterscheidet im Falle des verwundeten Sklaven zwischen der Unwissenheit des Arztes (*inscientia*) und der Fahrlässigkeit des Herrn des

Sklaven (negligentia),<sup>40</sup> was uns auf die Abstufungen der Schuld schließen läßt.

Es weist auf eine ähnliche Schattierung der Ausdruck *operis vitium* hin (D. 32.2.43.2). Dieser Ausdruck verweist auf die im Laufe der Ausführung der Arbeit auftauchenden Fahrlässigkeiten, er mag aber möglicherweise auch ein Risiko enthalten.<sup>41</sup> Alfenus kennt die Testamentserrichtung mit Bedingungen („*condiciones impleset*“, D. 28.5.45) ebenso, wie die partielle Ungültigkeit des Testaments („*ea perinde sunt ac si scripta non essent, reliqua autem per se ipse valent*“, D. 34.8.2) für den Fall, wenn ein Teil des Testaments nicht klar ist; die anderen Teile des Testaments bleiben natürlich gültig. Wichtig ist das Testament, das unmögliche Bedingungen festsetzt („*quius id quod impossibile in testamento scriptum esset nullam vim haberet*“, D. 28.5—46), sagt Alfenus aufgrund der Lehre des Servius. Er wendet mit beruflichen Händen auf die Tragung der unabwendbaren Ereignissen zufolge entstandenen Schäden bezüglichen Regeln an („*aliqua vi extrinsecus admota*“; — D. 39.2.43. pr. — „*quamvis periculum vere non fuisset*“; D. 19.2.27). Gegenüber den steifen zivilrechtlichen Regeln bringt er die sich tormentenden Haftpflichtregeln zur Geltung in der Form der exceptio, mit Hilfe der aus der aristotelischen Philosophie dahin geratenen *aequitas*,<sup>42</sup> als er die Bezahlung des Kaufpreises im Falle des schadhaft gewordenen Sklaven verweigert („*placuit sequum esse in factum exceptionem eum obicere*“ — D. 44.1.14). Nach Verweisung die Behandlung dieser Begriffe mit sicheren Händen sehen wir die definierende Tätigkeit des Alfenus ein wenig eingehender.

4. Der bei Gellius findbare Text, in dem das geprüft ist, wie das für Rom zu zahlende Silber sein soll, erträgt die Kennzeichen der Definition:<sup>43</sup>

„... *populo Romano darent certus pondus argenti puri puti. Quaesitum est, quod esset purum putum. Respondi, inquit, ego putum esse valde purum, sicut novum novicium dicimus et proprium propicium...*“ (Gell. 7.5.1).

Die regula-ähnliche Bemerkung des Alfenus, der sich auf den Zusammenfall des Allgemeininteresses mit den Privatinteressen bezieht, ist auch heute noch zeitgemäß:

„*Non vero dicitur rei publicae causa abesse eum, qui sui privati negotii causa in legatione est*“ (D. 4.6.42).

Im titulus „De verborum significatione“ der justinianischen Digesten ist das von Paulus aus dem Werk des Alfenus genommene Fragment zu finden:

<sup>40</sup> M. Kaser: Das römische Privatrecht I<sup>2</sup> (München, 1971), S. 612.

<sup>41</sup> Vgl.: M. Kaser: Periculum locatoris SZ. 74/1957, S. 189. E. Betti: Periculum problema del rischio contrattuale in diritto romano classico in giustiniano. St. De Francisci I (Milano 1956), S. 188.

<sup>42</sup> G. Beseler: St. Bonfante, Bd. 2, S. 65. Er denkt eben den ominösen Teil interpoliert zu sein. Der Begriff der *aequitas* war hingegen — wie von Pólay demonstriert (a. a. O., S. 74) — schon im III. Jh. der Republik bekannt. So sollte dieser auch von Alfenus bekannt sein. Der Rechtsfall hätte auch in die justinianischen Digesten nicht hineingeraten können, wenn Alfenus eine Entscheidung anderer Richtung getroffen hätte. Es ist schwierig uns vorzustellen, daß die compilatores mit einer ganz anderen rechtlichen Entscheidung die Grundfälle selber benützten. Vgl. auch: F. Pringsheim: Bonum et aequum. SZ 52 (1932), S. 88.

<sup>43</sup> Pólay (a. a. O., S. 64) hält die *quid est* — Definition für die originale römische Definitionsform, die sich unter der Wirkung der Dialektik am Ende der vor-klassischen Rechtswissenschaft auch weiterhin fein machte. In Verbindung mit der Frage erörtert seine Meinung B. Schmidlin: Die römischen Rechtsregeln (Köln—Wien 1970), S. 165.

„*Pueri appellatio tres significationes habet, unam cum omnes servos pueros appellaremus: alterum cum puerum contrario nomine puellae diceremus tertiam, cum aetatem puerilem demonstraremus*“ (D. 50.16.204).

Der Satz kann auch als eine die Form der *divisio* auf sich legende Definition aufgefaßt werden. Das Wort „*pueri*“ hat drei Bedeutungen: alle Sklaven werden so genannt; zweitens dient es zu Unterscheidung von den Mädchen, drittens bedeutet sie auch das Kindesalter. Die Nuß, die Feige und die nicht zum Zweck des Weins angebaute Traube wird von Alfenus als Obst erwähnt:

„*Qui fundum vendidit pomum recepit: nuces et ficos, et uvas dumtaxat duracinas et purpureas et quae eius generis essent, quas non vini causa haberemus*“ (D. 50.16.205).

Einige Fragmente haben Definitionscharakter aber sie scheinen lieber zu philosophieren, mindestens teilweise. So die unter D. 50.16.203 und 34.2.28 aufgenommenen Fragmente:

„*Questiones primam quid esset domum ducere, alteram quid esset suo usu ducere*“ (D. 50.16.203), „... *usu suo magnam habuisse dubitationem*“

Er schließt die Debatte nur nach langer Anspielung. Es scheint aus diesen Quellen unzweideutig die Wirkung der griechischen Philosophie. Die Literatur der Interpolationen hält den im Fragment 203 aufgenommen Teil für eine Interpolation.<sup>44</sup> Die Meditierung ist zweifellos viel zu viel bei ihm, aber die ständige Anspielungen widersprechen Textmodifikationen der späteren Zeitalter. Wir glauben nicht, daß die vielerlei Variationen im nachklassischen Zeitalter geschrieben wurden.

Der in D. 32.60.2 aufgenommene Text zeigt gleichfalls philosophierenden Charakter in Verbindung mit der Überlieferung der Purpurwolle. Was für Alfenus spricht, sind die vielerlei Variationen der heraufgebrachten Beispiele und daß er die Entscheidung nur von Beispielen abgeleitet trifft.<sup>45</sup> Dessenungeachtet, daß die Interpolationsliteratur keine nachträgliche Abänderung in dem in D. 5.1.76 aufgenommenen Text sieht, können wir im Einverständnis mit *De Sarlo* feststellen,<sup>46</sup> daß das Ganze eine philosophische Erörterung ist. Aber das typische alfenische Bild traf auch in diesem zum Vorschein. Er unterstützt die getroffene Entscheidung — den allgemeinen Satz — mit der Unzahl der Beispiele. Er erreicht das Allgemeine immer von den Fällen aus, selbst wenn er sich inzwischen auf die Philosophen beruft („*ut philosophi dicerent*“).

Bei der Prüfung der Rechtsprechung der *recuperatores* taucht die Frage auf, ob in Verbindung mit dem Fall, wenn sich die persönliche Zusammensetzung des Gerichtes ändert, das Gericht dasselbe bleibe oder nicht. Der Ansicht des Alfenus nach bleibt es dasselbe. Die Sache bleibe nämlich dieselbe, wenn auch ihre Teile ausgetauscht werden. So ist z.B. die *legio* dieselbe, wenn auch die Gefallenen mit anderen ersetzt werden. Das Volk bleibt

<sup>44</sup> Vgl.: Index Interp. Bd. III, S. 588. *Beseler* ist der Meinung, daß dieser Teil nicht original sei. *De Sarlo* (a. a. O., S. 199 ff) ist maßhaltender in der Frage. Er nimmt nur eine unwesentliche Interpolation an. Aber auch er versieht mit einem Fragezeichen den Ausdruck „*magnam habuisse dubitationem*“.

<sup>45</sup> Das ist hingegen nicht mehr überraschend, daß — obwohl unbegründet — der Verdacht der interpolatio auftaucht. Index Interp. II, S. 270. Vgl. noch *De Sarlo*: A. a. O., S. 189.

<sup>46</sup> A. a. O., S. 43 schreibt: „essenzialmente filosofico“.

auch nach 100 Jahren dasselbe, obwohl niemand mehr von seinen Mitgliedern leben wird. Das Schiff ist auch dasselbe, wenn auch alle seiner Bretter nacheinander aufgefrischt werden. Alfenus sagt, sich auf die Philosophen berufend, daß mit der Austausch der Partikel das Individuum sich nicht ändert. So bleiben auch die Individuen dieselben (*rem quoque eandem esse existimari*).

Es läßt sich aus den präsentierten Quellen festgestellt werden, daß Alfenus die griechische Philosophie auf hohem Niveau kannte — annehmbar durch Servius — und bei der Entscheidung der Fälle sie auch angewendet hat.

5. Zurückkehrend zur Untersuchung der Tätigkeit des Definierens möchten wir die folgenden Beispiele vorzeigen:

„*Lumen id est, ut caelum videretur, et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest*”

— sagt Paulus in seinen aus den Digesten des Alfenus gemachten epitomae. In Verbindung mit der Wohnungsdienstbarkeit bezeichnet er genau, was der Begriff der Helle sei. Er trennt ferner voneinander die Helle und die Aussicht.<sup>47</sup>

Der Begriff und die Beispiele können in D. 33. 10.6. pr., bei der Definition der Hausgeräte zusammen befunden werden. Es geht aus dem Text hervor, daß alle Dinge hier gehören, die zur Bequemlichkeit des Familienoberhauptes dienen aber keine künstlerischen Werke sind („*quae ad usum communem patris familias paratae essent*”).

Bei der Bezeichnung des Kreises des *instrumentum* gerät er mit Servius in Widerspruch (D. 33.7.16). In D. 39.2.9.2 hat hingegen Ulpian eine andere Ansicht in bezug auf das *instrumentum* als Alfenus. Er erklärt in einem weiten Kreis den Umfang des mit der feldwirtschaft verbundenen *instrumentum* (D. 31.60.2—3 und 18.1.40.4—5).

Er zeigt eine große Versiertheit betreffs des Begriffskreises des *periculum* in seinem in Verbindung mit dem in D. 40.1.6 behandelten Rechtsfall gegebenen juristischen Gutachten.

Er macht einen Unterschied zwischen Schiff und Boot („*Scapham non videri navis esse*”?)

Die bisher gesagten sind damit was er von der Stadt Rom bzw. von der Stadt mit Definitonscharakter sagt, interessant gefärbt. In den Digesten des Marcellus spricht er folgenderweise:

„*Ut Alfenus sit, 'urbs' est 'Roma', quae muro cingeretur, 'Roma' est etiam, continentia aedificia essent: nam Romam non muro tenus* „...*et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet*” (D. 50.16.239.6).

„...*et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet*” (D. 50.16.239.6).

Es ist unterstützt, durch die präsentierten Quellenbeispiele, unzweideutig daß Alfenus ein namhafter *iuris consultus* seines Zietalters war, der definitiones, regulae regelmäßig konstruierte. Auch die philosophischen Erörterungen fehlten nicht bei ihm, was die Abspiegelung der hellenistischen Wirkung ist.

<sup>47</sup> De Sarlo: A. a. O., S. 74.



#### IV.

1. Wir sind der Ansicht, daß die Feststellungen des Alfenus gleichwohl in dem sich mit dem vertraglichen und außervertraglichen Verantwortung beschäftigenden Teile die Bedeutungsvollsten sind. Seine in diesem Themenkreis angewendeten Lösungen representieren die Bewandertheit des gegebenen Juristen im Rechte seines Zeitalters. Nach Gaius wurden die Begriffe der Vorsätzlichkeit (*sciens prudensque*) und des Zufalls (*casus*) in der Zeit des Zwölftafelgesetzes schon bekannt (D. 47.9.9). Der Begriff der Fahrlässigkeit (*culpa*) erscheint bei P. Mucius gegen das Ende des II. Jahrhunderts u. Z. (D. 24. 3.66. pr.). Servius benützt schon den *dolus* mit der *culpa* als eine ausgestaltete Stufe der Verantwortlichkeit (D. 24.3.66. pr.), bzw. gibt er Rechenschaft über die Ereignisse von *vis-maior* Charakter (D. 19.2.15.2 — 39.2.24.).

2. Alfenus erwägte die Umstände bei dem Beinbruch eines Sklaven in gemeinsamen Eigentum und den Zufall ausschließend, stellte die Fahrlässigkeit des Miteigentümers fest („*si quid culpa illius magis quam casu*“ — D. 10.3.26.) während er bei dem Beinbruch eines Balljungen das Ereignis als einen Zufall qualifiziert und die Fahrlässigkeit verwirft („*cum casu magis quam culpa*“ — D. 9.2.52.4).<sup>48</sup> Die Meditation des Alfenus läßt uns darauf schließen, daß in den erwähnten Beispielen die Entscheidung nur aufgrund der Untersuchung von allen Umständen des Falles möglich ist, hinsichtlich ob die Fahrlässigkeit besteht oder nicht. Er vergleicht die *culpa* nicht mit der *vis maior* sondern mit einer anderen Stufe des *casus*. Alfenus auch wußte, daß es zwischen *vis maior* und *culpa* irgend ein dazwischenliegendes Gebiet ist. Dies stellt sich in Verbindung mit der Prüfung beider Fragmente heraus. Es handelt sich hier um einen Zufall, der Unglück bedeutet, die kleinere Wendung des *casus*. Alfenus sagt in Verbindung mit der Tätigkeit des über den Diebstahl richtenden Richters, daß keine Verantwortlichmachung möglich sei, weil weder Fahrlässigkeit noch Vorsätzlichkeit geschah („*quoniam nihil eius culpa neque dolo contigisset*“ — D. 6.1.58).

3. Es scheint einem, daß das Lieblingsthema des Alfenus war, die mit den unabwendbaren Ereignissen verbundenen Schäden zu prüfen. Im Laufe der Bescprechung der durch die vom Sturm heruntergerissenen Dachziegel herbeigeführten Schäden vertritt er einen ähnlichen Standpunkt wie sein Lehrmeister.<sup>49</sup> Ist der entstandene Schaden die Folge der Vernachlässigung des Gebäudes, dann ist der Eigentümer verantwortlich, war er aber durch die Kraft des Windes verursacht, dann ist er nicht verantwortlich („*sed si tanta vis venti fuisset, ut quam vis firma aedificia convelleret non debere*“ — D. 39.2.43). Der im Text vorkommende Ausdruck „*vi extrinsecus admotu*“ stammt unbestreitbar von Alfenus.<sup>50</sup> Der Fall kann aber nicht als *vis maior* qualifiziert werden, wenn im gemieteten Landhaus die Herbeiführung des

<sup>48</sup> Visky, K.: A vis maior a római jog forrásaiban (Vis maior in den Quellen des römischen Rechts) (Budapest 1942), S. 57 ff. Der Verfasser nahm den Standpunkt ein, daß in der Zeit des Alfenus die Grenzlinien zwischen *casus* und *culpa* noch nicht klargestellt waren und Alfenus in beiden Fällen deshalb meditierte.

<sup>49</sup> In D. 39. 2. 24. 4 sieht Servius den Sturmwind als eine unabwendbare himmlische Kraft an.

<sup>50</sup> S. Condanari Michler: Vis extrinsecus admota. Festschrift für L. Wenger, I. (München 1944), S. 243 ff. Alfenus hält ihn für einen originalen Ausdruck.

Brandes aus Verschulden des Sklaven entstand.<sup>51</sup> („*Non fortuito casu ... sed extrariam vim*“ — D. 19.2.34).

Er präsentiert die zwei typischen Fälle der *vis maior* mit der Bezeichnung des Schiffbruches und der Feuerbrunst, wie es aus Paulus' epitomae zu sehen ist:

„*Cum depressa navis aut deiecta esset, quod quisque ea suum servasset, sibi servare respondit, tamquam ex incendio*“ (D. 14.2.7).

Er erwähnt ein interessantes Beispiel in Verbindung mit einem dem Eigentümer gegebenen Darlehen, ebenso aufgrund der Besprechung der digesta des Alfenus von Paulus:

„*Qui ratiario crediderit, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. Si invito ratiario retinuisset, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestendam, non vim maiorem*“ (D. 13.7.30).

Es unterliegt keiem Zweifel, daß der Schaden in gegebenem Fall durch die *vis maior* herbeigeführt war. Der Überschwemmung der Flüsse die menschliche Kraft nicht widerstehen kann. Wenn der Gläubiger das Floß dem Willen des Schuldners gegenüber zurückhielt, dann soll er wegen seiner Schuld auch für die *vis maior* eintreten.<sup>52</sup>

Es kann aus den angeführten Beispielen festgestellt werden, daß Alfenus zwischen den von einer unabwendbaren Kraft herbeigeführten Schäden und der Fahrlässigkeit jemandes einen scharfen Unterschied macht. Es ist offensichtlich deshalb, daß in der Verantwortungsordnung des Endes des vorklassischen Zeitalters die objektiven und subjektiven Elemente in gleicher Weise zur Geltung kommen. Zwei responsa des Alfenus kolorieren die hier Gesagten interessant:

„*Agaso cum in tabernam equum deduceret mulam equus olfecit, mula calcem reiecit et crus agasoni fregit: consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset, respondi posse* (D. 9. 1. 5),

und

„*Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. Respondit posse agi cum eo in factum actione*“ (D. 19.5.23).

Im ersten Fall hat der Pferdeknecht das Pferd in den beim Wirtshaus befindlichen Stall hineingebunden. Ein im Stall befindliches Maultier hat mit dem Fuße zurückgestoßen und den Bein den Herrn des Pferdes gebrochen. Der Entscheidung des Alfenus nach konnte sich der Verletzte gegen den Herrn des Maultiers für Schadenersatz wenden.

Dem anderen Beispiel gemäß spazierten zwei Menschen am Ufer des Flusses Tiber. Einer von ihnen bat seinen Genossen um seinen Ring ihm zu zeigen. Der Ring aber fällt aus der Hand des Betrachters und fiel in den Tiber. Alfenus macht diese Person verantwortlich.<sup>53</sup> Haymann denkt der er-

<sup>51</sup> Visky K.: A. a. O., S. 113. Er hält die auf *vis maior* bezüglichen Ausdrücke für original.

<sup>52</sup> Vgl.: De Sarlo: A. a. O., S. 134. die zweite Hälfte des Textes ist von F. Haymann: Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht. SZ 40 (1919) S. 201. Fußnote 2. für interpoliert gehalten.

<sup>53</sup> F. Haymann: Textkritische Studien zum römischen Obligationsrecht. SZ 42 (1921), S. 381 und SZ 40 (1919), S. 178.

sten Text interpoliert, den letzteren original zu sein. Es handelt sich in beiden Fällen um einen außervertraglichen Schaden. Bei dem letzteren Beispiel kann das Motiv der Entscheidung nicht streitbar sein: diese Person war Fahrlässig, so fiel der Ring aus seinen Händen. Beim ersten Beispiel stehen wir hingegen der objektiven Haftung des Tierhalters gegenüber. Es ist sehr schwierig zu entscheiden, worauf die Ansicht des Alfenus beruht. Ob er die Erfolgshaftung der *lex Aquilia* vor Augen hat oder in seiner Entscheidung die moderne Anschauung sich spiegelt, nämlich daß wer ein solches Tier hält, dessen Haltung mit einer gesteigerten Gefahr verbunden ist, ist verpflichtet, den Schaden unabhängig von seiner Schuld zu entschädigen.<sup>54</sup>

4. Mit dem Begriffskreis der *vis maior* ist auch die Problematik der Gefahrtragung eng verbunden. Alfenus beschäftigt sich mit dem Problem in mehreren Fällen bei der Miete und dem Kauf.

Der Mieter zog im gegebenen Fall aus der Wohnung vor Angst. Die Frage ist, ob er verpflichtet sei den Mietzins zu zahlen oder nicht. Alfenus nach sei er nicht verpflichtet, wenn seine Furcht begründet war (D. 19. 2. 27. 1.).<sup>55</sup> Ein anderer Fall: die für die Einwohnerschaft der Stadt gemietete Badeanstalt ist niedergebrannt. Es ist fraglich, ob solange sie nicht benützt werden kann, der Mieter verpflichtet sei, den Mietzins zu zahlen. Die Antwort ist negativ (D. 19. 2. 30. 1.).<sup>56</sup> Im Falle des Unmöglichwerdens des Vertrages infolge einer unabwendbaren Kraft schiebt Alfenus die Tragung der Mitegefahr auf den Vermieter ab.<sup>57</sup>

Die Frage der bei dem Kauf auftauchenden Gefahrtragung ist ein wenig komplizierter. Hier scheint es zweckmäßig zu sein, die Quellen eingehender zu untersuchen:

„*Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidet: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet*” (Paul. D. 18. 6. 13),

und

„*Quod si neque traditi essent neque emptor in more fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. Materia empti si furto perisset, postque tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset*” (Paul. D. 18. 6. 15.).

Aufgrund dieses Textes erreicht Haymann das Prinzip des „*periculum est venditoris*”.<sup>58</sup> Ihm gegenüber zeigen aber Seckel und Levy richtig darauf hin, daß es hier um *periculum custodiae* handelt.<sup>59</sup> Im ersten Fragment, im Falle der auf die Straße hinausgelegten und zerbrochenen Betten trägt jemand die Verantwortlichkeit. Da die Übergabe der Betten schon versucht aber vereitelt wurde, hörte die *custodia*-Haftung des Verkäufers auf. Genau der stehen ist, ist der Verkäufer aufgrund des Vertrages verpflichtet, die Sache

<sup>54</sup> Vgl.: De Sarlo: A. a. O., S. 35, 117 und 127.

<sup>55</sup> Th. Mayer-Maly: *Locatio-conductio* (Wien—München, 1956), S. 217.

<sup>56</sup> S. die Analyse des Textes: Molnár, I.: Verantwortung und Gefahrtragung bei der *locatio conductio* zur Zeit des Prinzipats (ANRW, Bd. 14, Berlin—New York 1982), S. 662 ff.

<sup>57</sup> Übereinstimmend: E. Betti: SZ. 82 (1965), S. 18 G. Provera: St. Betti III (Milano 1962), S. 693 ff.

<sup>58</sup> F. E. Haymann: SZ. 41 (1920), S. 75 ff.

<sup>59</sup> E. Seckel—E. Levy: Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht. SZ. 47 (1927), S. 248 ff. Ebenso sieht De Sarlo: A. a. O., S. 91 ff. eine *custodia* zu bestehen.

Gegensatz wurde in Fragment 15 ausgesagt. Wenn die Tradition nicht gestehen ist, ist der Verkäufer aufgrund des Vertrages verpflichtet, die Sache aufzubewahren. Dies ist bestätigt auch durch das in das 15. Fragment aufgenommene andere Beispiel, das vom Stehlen des verkauften Objekts spricht. Alfenus erwähnt in den erwähnten Beispielen das *periculum vis maioris* nicht. Es folgt von diesem logischerweise, daß das *periculum* des Verkäufers in den Kreis der Verantwortlichkeit gehört. Nichtsdestoweniger, daß der Begriff der *custodia* annehmbar von Labeo geschaffen wurde, als er im Falle der *vis maior* die Möglichkeit der *exculpatio* zugab (D. 4. 9. 3. 1. — D. 39. 2. 23. 3. usw.). Aber, wie gesehen, war der Begriff in seinen Wurzeln auch für Alfenus bekannt.<sup>59</sup>

Das in D. 18. 6. 12. aufgenommene Fragment, das von dem durch eine Feuerbrunst hervorgerufenen, Verderben des verkauften Miethauses schreibt, hat — der offensichtlichen Interpolation zufolge — nicht viele Beweiskraft.<sup>60</sup> Daraus erkennen wir nur soviel, daß Alfenus sich auch mit den mit dem Kauf verbunden auftauchenden Schäden von *vis-maior* Charakter beschäftigte.

5. In zwei Fällen beschäftigt sich Alfenus mit der Verantwortlichkeit für die Verrichtungsgehilfen. In D. 19. 2. 30. 4. nimmt er den Standpunkt ein, daß wenn das gemietete Landhaus der Fahrlässigkeit des Sklaven des Mieters zufolge niederbrennt, ist dafür der Mieter verantwortlich. Watson nach unterstützt die Entscheidung des Alfenus die anderen Entscheidungen über die Verantwortlichkeit der Verrichtungsgehilfen.<sup>61</sup> Ebenfalls macht Alfenus verantwortlich den Mieter *ex locato*, wenn die gemieteten Maultiere durch eine dritte Person, die diese im Auftrage des Mieters gelenkt hatte (D. 19. 2. 30. 2.). Der *conductor* ist aufgrund des Vertrages für die Versäumnisse der dritten Person verantwortlich.<sup>62</sup> Diesen gemäß macht Alfenus im Falle der Verrichtungsgehilfen die Vertragabschließer verantwortlich.

Es hatte sich aus dem letzteren Fragment auch das herausgestellt, daß aufgrund der *lex Aquilia* auch gegen die Maultiertreiber eine Klage erhoben werden kann. Die Frage ist, ob die Haftung des Treibers eine objektive Haftung sei oder es auf Schuld beruhe. Um dies zu entscheiden, sehen wir einige, sich in den Kreis der *lex Aquilia* einfügende Fragmente des Alfenus.

6. Die in der Literatur herrschende Ansicht ist, daß die *culpa Aquiliana* das Produkt des nachklassischen Zeitalters sei. Demgegenüber ist es aber sehr wahrscheinlich, daß sie zwischen der Zeit der *lex Cornelia* (67 v. u. Z.) und des *Edictum perpetuum* (130 u. Z.) zustande kam.<sup>63</sup> Wir versuchen durch die Fragmente des Alfenus den letzteren Zeitpunkt wahrscheinlich zu machen. Alfenus hat in D. 9. 2. 52. 1. die Schlägerei zwischen dem die Lampe wegtragenden Dieb und dem Kaufmann beschrieben, im Laufe deren ein Auge des Diebes ausfloß (*oculum effoderat*). Derjenige sei der nachlässige, sagt Alfenus der früher geschlagen hatte (*culpam enim penes cum, qui prior flagello per-*

<sup>59/a</sup> Vgl. in Verbindung damit: V. Arangia Ruiz: Responsabilità contrattuale in diritto romano 2 (Napoli 1933), S. 105, ferner: G. Luzzatto: Caso fortuito e forza maggiore (Milano 1938), S. 163 ff. Kaser: RPR, I<sup>2</sup>, S. 508, Fußn. 36.

<sup>60</sup> In der Interpolationsliteratur ist davon kein Zweifel, daß der Text völlig geändert wurde. Index Interp. I, S. 336.

<sup>61</sup> A. Watson: The Law of Obligations in the Later Roman Republic (Oxford 1965), S. 118 ff. Ähnlicherweise: De Sarlo: A. a. O., S. 106.

<sup>62</sup> Watson: A. a. O., S. 236, ferner: De Sarlo: A. a. O., S. 102.

<sup>63</sup> Kaser: RPR I<sup>2</sup> S. 620 ff, ferner W. Wesel: Rethorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen (Köln—Berlin—Bonn—München), S. 45 ff.

cusset). Es handelt sich typischerweise um das *damnum iniuria datum*, das unter die *lex Aquilia* fällt. Die Entscheidung des Falles geschah aufgrund der Schuld. Die Originalität des Textes ist umstritten genug in der Literatur.<sup>64</sup>

Im §. 2 des D. 9. 2. 52. 2 handelt es sich um den Zusammenstoß von zwei, von Maultieren gezogenen Wagen auf dem Abhang des Capitolium, dessen Folge war, daß der Sklave des hinteren Wagens überfahren wurde. Die Frage ist, gegen wen ein Prozeß eingeleitet werden könne. Alfenus macht im Beispiel vielerlei Variationen bekannt. Schließlich stellt er sich auf den Standpunkt, daß es davon abhängt, ob der Schaden auf das Verhalten der Treiber oder der Maultiere zurückgeführt werden kann.<sup>65</sup>

Derselbe Text bespricht in seinem §. 3 eine mit dem Kauf eines Ochsen zusammenhängende Klage. Ein Sklave wird durch das Horn eines Ochsen verletzt. Der Käufer kann dem Verkäufer nur dann einen Prozeß machen, wenn der Schaden nicht der Fahrlässigkeit des Sklaven (*si culpa hominis factum esset*) sondern dem *vitio bovis* zufolge eingetroffen ist.<sup>66</sup> Wenn die Übergabe schon geschah, kann die Frage des Schadenersatzes natürlich nicht einmal auftauchen (eigenes Tier, eigener Sklave).

In dem oben behandelten vierten §. wurde dem Rechtsgelehrten eine Frage gestellt, ob in der Sache des Skavenkindes, der als ein Balljunge während des Spieles sein Bein gebrochen hat, auf Grund der *lex Aquilia* beschafft werden könne. Die Antwort war abweisend, weil er sah keine Fahrlässigkeit vorhanden zu sein (*cum casu magis quam culpa videtur factum*). Das Wort *culpa* scheint original zu sein.<sup>67</sup>

Es scheint aus den vorgeführten Rechtsfällen wahrscheinlich zu sein, daß der von P. Mucius zuerst erwähnte Ausdruck *culpa* bei Alfenus nicht nur in den vertraglichen Obligationen ständig benutzt war, sondern auch im Kreise des *damnum iniuria datum*. So hat zur Ausgestaltung der *culpa Aquiliana* sicherlich Alfenus die ersten Schritte gemacht. In seinen Antworten hat er aufgrund dessen entschieden: ob eine Fahrlässigkeit vorkam oder nicht. Die Erscheinung der *culpa Aquiliana* ist bei ihm zu suchen.

Für Zusammenfassung möchten wir die Folgenden betonen:

Alfenus Varus ist der Rechtsgelehrte des Endes des vorklassischen Zeitalters, dessen Tätigkeit schon vorwärts zeigt: gegen die klassische Rechtswissenschaft. Als ein Schüler des Servius, kannte er alle die Rechtsinstitute, die die vorklassische Rechtswissenschaft bearbeitet hatte. In vielen Fällen hat er diese sogar weiterentwickelt. Bei den von ihm gebrauchten rechtlichen Begriffen, Definitionen, *regulae* kann die Wirkung der griechischen Philosophie erkannt werden. Er war im strengsten Sinne des Wortes ein *iuris consultus*. Er bespricht selbst jene Feststellungen, die philosophische Erörterungen zu sein scheinen, in Verbindung mit einem oder anderem Fall. Alle die klassischen Begriffe, die die Entwicklungsordnung des klassischen Zeitalters ausmachen, können bei ihm gefunden werden. Neben dem *dolus*

<sup>64</sup> Vgl.: Index Interp. I. Supplementum, S. 156. Nach *De Sarlo*: A. a. O. S. 125 ff, die *culpa* soll in diesem Zeitalter schon bekannt gewesen sein, sie war aber nicht im technischen Sinn gebraucht. Nach ihm formulierte Paulus eben aufgrund des Beispiels des Alfenus einen anderen Fall.

<sup>65</sup> Nach *De Sarlo*: A. a. O., S. 128 stamme dies bis zum Ende von Alfenus.

<sup>66</sup> *De Sarlo*: A. a. O., S. 131.

<sup>67</sup> *Visky*, K.: (A. a. O., S. 58) ist in dieser Meinung, als er erklärt, daß die Wurzel des klassischen *culpa*-Begriffes eben in den mit der *Lex Aquilia* verbundenen Obligationen zu suchen seien. *Arangio-Ruiz* (A. a. O., S. 243, Fußn. 1) hält den Text für original.

und der *culpa* benützt er auch einen speziellen Schuldbegriff: die Verantwortlichkeit schon für die Verrichtungsgehilfen (die sog. *culpa in eligendo*). Es scheint so, daß die Bifurkation schon bei ihm begann. Neben der *vis maior* kennt er auch eine mildere Variante des *casus*. Er nahm Stellung mit überraschender Sicherheit in der Frage der Gefahrtragung. Er benützt zwar die Terminologie *custodia* noch nicht, aber seine Entscheidung zeigt auf das *periculum custodiae*. Wir mögen mit großer Wahrscheinlichkeit sagen, daß im Falle des *damnum iniuria datum* er der erste sei, der die Frage mit der Berücksichtigung der Fahrlässigkeit entscheidet, erschaffend damit den Begriff der *culpa Aquiliana*.

Es steht uns fern zu behaupten, daß Alfenus der größte Jurist des vorklassischen Zeitalters gewesen sei. Es kann nämlich in vielen Fällen kaum entschieden werden, ob seine Meinung die des Servius enthalte oder die Weiterentwicklung der servianischen Lehren sei. Eines ist aber sicher! War Servius der größte Rechtsgelehrte der vorklassischen Periode, dann mögen wir von den Digesten des Alfenus mit Recht sagen, daß sie die bedeutendsten rechtlichen Andenken des vorklassischen Zeitalters sind, weil sie auch die Meinungen des Servius einschließen und ihr System sich nach dem Edikt-System richtet. Er beschreibt also seine Meinungen in den umstrittenen Fragen des lebendigen Rechtsmaterials des Zeitalters, einschließend die in diesem Zeitalter angewendeten rechtlichen Lösungen hohen Niveaus. Die Tätigkeit des Alfenus kann deshalb als der Gipfel des vorklassischen Rechtes angesehen werden, die schon in das klassische Zeitalter zeigt, a sogar mögen wir auch riskieren, ihn zu den Juristen des klassischen Zeitalters zu rechnen, zunächst einmal aufgrund der großen Anzahl seiner in die justinianischen Digesten aufgenommenen und schon klassisch gewordenen Entscheidungen. Seine Tätigkeit war eine Brücke zwischen dem vorklassischen und dem klassischen Zeitalter, da er selbst noch in der Zeit des Augustus im Leben war. Seine literarische Tätigkeit erhebt ihn unter die klassischen Juristen.

## Savigny liest Goethe

### I.

Savigny war bekanntlich nicht allzu zitierfreudig. Umso auffälliger ist es, daß er Goethe mehrfach zitiert oder auf Texte Goethes anspielt.<sup>1</sup> Lassen wir seine brieflichen Äußerungen ebenso außer Betracht wie die häufig schwer aufzuspürenden Anspielungen, so sind mir derzeit folgende Zitate bekannt: Das erste Zitat findet sich in der Vorlesungs-Nachschrift Jakob Grimms von 1802/3, der sogenannten Marburger Methodenlehre. Zwei Zitate enthält der kurze programmatische Einleitungsaufsatz zur „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ (1815). Goethes Autobiographie „Dichtung und Wahrheit“ wird in der Schrift über „Wesen und Werth der Deutschen Universitäten“ (1832) und in der Huldigung an Gustav Hugo (1838) genannt (Vermischte Schriften IV, 277, 202). In den Ausführungen über die „Quellen des römischen Rechts“ im „System des heutigen Römischen Rechts“ (I 42; 1840) setzt sich Savigny mit einer (wie er sagt) „oft mißbrauchten Stelle von Göthe“ auseinander. Mit einer Anrufung Goethes rechtfertigt er seine Weiterarbeit am „System“ in der revolutionären Epoche von 1848 (System VII p. X). In der 2. Auflage des 4. Bandes der „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter“ (1850) p. XV sq. hat Savigny Texte aus den — von ihm sonst nicht übermäßig geschätzten — „Wanderjahren“ aufgenommen.<sup>2</sup> Sie erwecken be-

<sup>1</sup> Bei den folgenden Ausführungen handelt es sich um das Substrat von Vorträgen in Athen, Szeged und Paris (1984–85) und zugleich um die Weiterführung früherer Studien zu Goethe und Savigny, auf die (vor allem auch wegen der Literaturnachweise verweisen werden darf: Geist und Buchstabe: ein Goethe-Zitat bei Savigny, SZ 100, 1983, 20 ff.; Fragmentarisches zu Goethe und Savigny, Festschrift R. Gmür, 1983, 87 ff.; Goethe und Savigny, Athen (im Druck). — In dem kleinen Aufsatz in der Festschrift Gmür wurde die (anonym erschienene) Schrift über Dürer (mit Savigny) Goethe zugesprochen (89); in Wahrheit stammt sie von dem Mitarbeiter Goethes Johann Heinrich Meyer (vgl. H. Härtl in der Ausgabe von „Arnims Briefen an Savigny 1803–1831“, Weimar 1982, 232, 381); zu vergleichen sind auch die Äußerungen Arnims (ebenda 37 f.) und Savignys (182) zu dieser Schrift. Zur Farbenlehre Goethes (s. Festschrift Gmür 89 A. 22) vgl. ebenda 55, 186. — Das Manuskript wurde im wesentlichen im Juni 1984 abgeschlossen. Nicht mehr verwerten konnte ich Horst Schröder, Friedrich Karl von Savigny, Geschichte und Rechtsdenken beim Übergang vom Feudalismus zum Kapitalismus in Deutschland, 1984. s. dazu Rückert, Rechtshist. Journal 3, 1984, 44 ff.

<sup>2</sup> Anhang, Makariens Archiv, Werke 1829, 278, 283. In der Ausgabe von 1840 wurde dieser Anhang — einer Anregung Goethes entsprechend — unter die „Sprüche in Prosa“ aufgenommen (III 224, 228). Heute finden sich die uns interessierenden Texte als Nr. 761, 791, 792 in den „Maximen und Reflexionen“ (Insel 1976). Den Text der heutigen Maxime 791 hat Savigny Goethe zugeschrieben; Goethe

sonderes Interesse, da sie offensichtlich zur Abwehr der Kritik an den ersten Bänden der „Geschichte“ (wie sie vor allem von Gans vorgebracht wurde)<sup>3</sup> gedacht waren und zugleich Savignys Auffassungen „von dem Werth der Gelehrten-geschichte“ illustrieren. Eine Sonderstellung nehmen Savignys „Erinnerungen an Niebuhr's Wesen und Wirken“ (1839) ein; hier verlangte der Gegenstand die ausführliche Zitierung von Goethe-Briefen.<sup>4</sup>

Die Liste ließe sich wahrscheinlich bei einer systematischen Durchsicht der Schriften Savignys verlängern. Es ist an dieser Stelle nicht möglich, alle hier aufgezählten Goethe-Zitate zu besprechen. Wir beschränken uns auf die Interpretation von drei Zitaten.

## II.

Die berühmteste rechtskritische Äußerung Goethes findet sich in der Schülerszene im ersten Teil des „Faust“. Mephistopheles geht mit dem Schüler die verschiedenen Fakultäten durch. Dieser meint:

„Zur Rechtsgelehrsamkeit kann ich mich nicht bequemen.“ Darauf Mephistopheles:

„Ich kann es Euch so sehr nicht übel nehmen,  
Ich weiß, wie es um diese Lehre steht.  
Es erben sich Gesetz' und Rechte  
Wie eine ew'ge Krankheit fort;  
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte  
Und rücken sacht von Ort zu Ort.  
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;  
Weh dir, daß du ein Enkel bist!  
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,  
Von dem ist, leider! nie die Frage.“

Wäre es unser primäres Ziel, die Worte Goethes zu interpretieren,<sup>5</sup> so müßten wir nicht nur nach ihrem Inhalt, sondern auch nach ihrem „Ernst“ fragen. Goethe hatte Juristerei studiert — und das in einer Epoche, die nicht zuletzt durch die naturrechtlichen Reformbemühungen gekennzeichnet wird. Man kann die Situation durch die Entgegensetzung von Tradition, Feudalis-

---

entnahm ihn einer Schrift, für deren Autor er Laurence Sterne hielt. In Wahrheit dürfte er von Richard Griffith (The Koran: or Essays, Sentiments, Charakters, and Callimachies of Tria Juncta in Uno) stammen. Vgl. den Kommentar S. 306 ff. in der Insel-Ausgabe.

<sup>3</sup> Vgl. nur Bretone, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 6, 1976, 199 A. 27; Arnims Briefe (oben A. 1) 172, 372 f.

<sup>4</sup> Vgl. zu Savigny und Niebuhr jetzt A. Heuß, Barthold Georg Niebuhrs wissenschaftliche Anfänge..., Abh. Ak. Göttingen 1981 (Personenregister).

<sup>5</sup> Zu unserem Text (auch zu seinem Verhältnis zu den Straßburger Promotions-Thesen) vgl. etwa Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 2 (Noten), 1910, 106 f.; G. Radbruch, *Gestalten und Gedanken*, 1954,<sup>2</sup> 78, 104, 216. Über Goethes Verhältnis zum Recht s. außer Radbruch (70 ff.; s. auch Lit. 212 f., 215 f.) neuerdings etwa K. Lüderssen, *Neue Rundschau* Bd. 1/83 (Fischer-Verlag 1983), 47 ff. mit weiteren Angaben; W. Ogris, *Goethe — amtlich und politisch*, Schriftenreihe der Niederöst. Jur. Ges. 29/30 (Vortrag 1982); ders., „Verbietet mir keine Zensur“, *Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, 1984, 509 ff.; W. Müller-Seidel, *Balladen und Justizkritik*. Zu einem wenig bekannten Gedicht Goethes, *Gedichte und Interpretationen* 2 (Hrsg. K. Richter), Reclam 1983, 436 ff. K. R. Eissler *Goethe I* 1983, 217 ff.



mus, Ständestaat auf der einen Seite, Rationalität, Gleichheit, Menschenrechte auf der anderen Seite umschreiben. Doch legt Goethe diese Äußerungen in den Mund Mephistos und versieht sie damit möglicherweise mit einem ironischen Fragezeichen. Eine solche — eher schwebende — Interpretation würde zumindest mit den Sätzen in „Dichtung und Wahrheit“ (III 13, 1814; Werke 1840 XXII 144 f.) übereinstimmen, in denen Goethe im Rückblick den Einfluß des Zeitgeistes auf die Rechtslehre der siebziger Jahre des 18. Jahrhunderts schildert. Vor allem würde sie dann gelten, wenn nachzuweisen wäre, daß die teilweise inhaltlich parallelen Straßburger Promotionsthesen Goethes ihrerseits ironische Produkte sind.<sup>6</sup>

Was Savigny und seine, die historische Rechtsschule angeht, so waren sie durch die Worte Goethes nicht unmittelbar betroffen; denn diese richteten sich gegen die „Rechtsgelehrsamkeit“ vor der durch die Namen Kant, Hugo, Feuerbach, Savigny gekennzeichneten Wende. Hatte doch Goethe selbst im Jahre 1825 an die juristische Fakultät in Jena — höflich, aber deshalb nicht unbedingt heuchlerisch — geschrieben:<sup>7</sup> „Auch noch im gegenwärtigen Zeitmomente muß es mich höchlich freuen, in frühester Jugend dasjenige gewahrt zu haben, was in den Folgejahren als Grund aller rechtlichen Einsicht, als Regel des gesetzlichen Denkens und Urteilens ohne Widerrede anerkannt wird. Ja, ich darf wohl hinzufügen: wäre dieses Fach zu jener Zeit auf Akademien wie gegenwärtig behandelt worden, so würde ich mich demselben ganz mit dem größten Eifer gewidmet haben.“

In dem Kodifikationsstreit zwischen Thibaut und Savigny spielt das Faust-Zitat anscheinend keine Rolle.<sup>8</sup> Immerhin gibt Savigny zu verstehen, daß man sich in der Polemik gegen die historische Rechtsschule auf Goethes Autorität berief, eine Autorität, die Savigny gern auf seiner Seite gesehen hätte. Savigny erkennt, daß die Worte Mephistos mehrdeutig sind. Sie können verstanden werden als Verurteilung des alten, überkommenen Rechtes und als Appell zur Schaffung eines neuen, der Natur des Menschen angemessenen Rechtes. Sie ermöglichen die (verwandte) Interpretation der Entgegensetzung von positivem Recht und ungesetztem, natürlichem Recht. Weiterhin spielen sie an auf eine Theorie der Rechtsentwicklung, die sich mit den Anpassungsschwierigkeiten der Institutionen an den Wandel der Verhältnisse befaßt; von entsprechenden modernen Theorien unterscheiden sie sich möglicherweise durch die Prämisse eines stabilen, anthropologischen Standards. Es ist ingeniös, wie Savigny — an diese letzte Deutung anknüpfend, ohne sie voll zu rezipieren — die Worte Goethes als Bestätigung seiner Auffassung von der Entstehung des Rechts, vor allem aber seiner Aversion gegen die Gesetzgebung verwendet (System I 42 mit Anm. b).

<sup>6</sup> s. unten Anm. 10.

<sup>7</sup> Zitiert nach Radbruch (o. Anm. 5) 108.

<sup>8</sup> Die Diskussion über Thibaut und Savigny geht weiter. Vgl. zuletzt E. Pólay, Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik, Acta Jur. et Pol. XXVIII/10, Szeged 1981, 34 ff.; G. Marini in der Einleitung der italienischen Übersetzung der Streitschriften (A. F. J. Thibaut — F. C. Savigny, La polemica sulla codificazione), Neapel 1982; H. Kiefner, Thibaut und Savigny — Bemerkungen zum Kodifikationsstreit, Festschrift Gmür, 1983, 53 ff. (vor allem zur marxistischen Interpretation: Wrobel, Klenner, Kuczynski); umfassend nun J. Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, 1984. 160 ff. Auf die dort verwertete umfangreiche Literatur darf ebenso verwiesen werden wie auf K. Luig, B. Dölemeyer, Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny, Quad. Fior. 8, 1979 (1980), 501 ff.

Bekanntlich will Savigny die Rechtsfortbildung in erster Linie dem Volksgeist, repräsentiert durch den Juristenstand, überlassen.<sup>9</sup> Bei dieser vereinfachenden Behauptung wird allerdings — wie üblich — sein Vorschlag einer „Gesetzkommission“ unterschlagen (System I 204 f.). Wenn sich Savigny auch (System I 38 ff.) gegen den Vorwurf wehrt, daß er der Gesetzgebung „eine untergeordnete Wichtigkeit“ zumißt, so ist sie für ihn doch nur in einem recht beschränkten Sinne bedeutsam: „als ergänzende Nachhülfe für das positive Recht, ... als Unterstützung seines allmähigen Fortschreitens.“ Was die zuletzt genannte Funktion der Gesetzgebung betrifft, so gibt Savigny den Worten Goethes eine — zumindest auf den ersten Blick — fast paradoxe Bedeutung; allerdings ließe sich diese zum Teil mit den (Savigny unbekannten) Straßburger Promotionsthesen Goethes verknüpfen.<sup>10</sup>

Savigny stellt fest, daß durch „veränderte Sitten, Ansichten, Bedürfnisse“ bisweilen „eine Veränderung in dem bestehenden Recht“ oder gar „ganz neue Rechtsinstitute“ notwendig werden. Wenn man dem Volksgeist Zeit läßt, so wird er diese neuen Elemente in die Rechtsordnung einfügen. Doch ist die Übergangszeit häufig durch Rechtsunsicherheit und Widersprüche in den bestehenden Instituten gekennzeichnet. Hier bedarf es bisweilen des Eingreifens des Gesetzgebers. Das gilt dann in besonderem Maße, wenn das (untergehende) Recht nicht allein im Volksbewußtsein verwurzelt war (das dem Wandel der Verhältnisse folgen könnte oder ihn sogar trug), sondern wenn es „durch frühere Gesetzgebung befestigt war; denn da nun diesem die, überall wahrzunehmende, widerstehende Kraft des geschriebenen Buchstaben inwohnt, so wird dadurch die allmähig wirkende innere Fortbildung oft ganz verhindert, oft auf einen unbefriedigenden Grad herabgesetzt werden.“

In diesem Kontext werden nach Savigny die Worte Goethes „wahr“, noch mehr, sie können als Argument gegen die Gesetzgebung verwandt werden. Wenn Mephisto sagt, daß aus Vernunft Unsinn und aus Wohltat Plage wird, dann gibt er zu verstehen, daß es einmal eine Epoche vernünftigen, positiven Rechtes gab. Der damalige Gesetzgeber hatte nur den Fehler gemacht, dieses vernünftige Recht durch die Gesetzgebung zu befestigen und damit fast unabänderlich zu machen. Hätte er es der „inneren, unsichtbaren Kraft“ überlassen, welche „ursprünglich das Recht erzeugte“, so hätte die Chance eines allmählichen Wandels bestanden. Jetzt aber muß wieder der Gesetzgeber eingreifen, um das unsinnig und lästig gewordene Recht zu

<sup>9</sup> Zur Volksgeistlehre zuletzt (außer Rückert) H. Hammen. Die Bedeutung F. C. v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1983, 54 ff.; H.—H. Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts. 1983, 25 ff. (dazu Th. Honsell, SZ, 101, 1984, 447 ff.).

<sup>10</sup> Auszug (nach Landsberg /o. A. 5/ 106): XLIX Legum corpus numquam colligendum. L Tabulae potius conscribendae, breves verbis, amplae argumento. LI Interpretationes a Principe factae separatim colligendae neque cum tabulis fundamentalibus confundendae. LII Sed qualibet generatione vel novo quodam Regnante ad summum imperium evecto abrogandae atque novae interpretationes a principe petendae videntur. — Angesichts des Zustandekommens der Thesen (vgl. nur den Rekonstruktionsversuch von Radbruch /o. A. 5/ 70 ff.) ist es nicht auszuschließen, daß Goethe mit den „Rechtssetzungsthesen“ spielerisch provozieren wollte. Gegenüber einer ausschließlichen Interpretation der Worte Mephistos mit Hilfe der Promotionsthesen spricht die Erwähnung der angeborenen Rechte; in diesem Punkte besteht ein entscheidender Unterschied zu den Promotionsthesen.

beseitigen — mit dem Risiko, seinerseits wieder durch den Buchstaben des Gesetzes den Wandel des Rechts zu behindern.<sup>11</sup>

Savigny erkennt an, daß sich Goethe seiner, Savignys Gedanken zur Gesetzgebung wohl nicht deutlich bewußt gewesen war. Aber es gibt — und hier formuliert Savigny eher als Künstler denn als Wissenschaftler — etwas Höheres als die verstandesmäßige Erkenntnis; es ist die innere Anschauung des Dichter-Sehers. Und von dieser Warte aus decken sich die Auffassungen Goethes und Savignys.

Allerdings verdrängt Savigny damit ein wesentliches Stück der mephistophelisch-goethischen Rechtskritik: die Berufung auf das „Recht, das mit uns geboren ist“. Wenn Savigny auch entgegen seinen ersten Entwürfen zum „System“ das „abstrakte Menschenrecht“ nicht ausdrücklich erörtert (und verworfen), hat,<sup>12</sup> so lassen doch bereits seine Ausführungen zu den „angeborenen Rechten“ (System I 334 ff.) erkennen, daß die Menschenrechte in seiner Rechtsvorstellung nichts zu suchen haben. Ihr Geltungsgrund wäre ungeschichtlich; sollen sie doch losgelöst von dem jeweiligen Entwicklungszustand einer Rechtsordnung wirksam sein.

### III.

Der folgende Text stammt aus den „Wilhelm Meisters Lehrjahren“. Dieses Werk (erschienen 1795/96) hatte auf einen großen Teil der jungen Intelligenz dieser Epoche (und gerade auch auf Savigny) einen ungeheuren Eindruck gemacht. Im Jahre 1798 hatte Friedrich Schlegel, einer der geistigen Führer dieser Jugend, geschrieben: „Die französische Revolution, Fichte's Wissenschaftslehre und Goethe's Meister sind die größten Tendenzen des Zeitalters“ (Athenäum I 232). Und 1799 zählt Savigny den Roman in einem Brief<sup>13</sup> zu den Werken, „die uns mächtig ergreifen, um uns auf eine höhere Stufe der Bildung, also aus unserer bisherigen Subjektivität heraus, zu führen.“ Das uns interessierende Zitat steht in folgendem Zusammenhang (5. Buch 7. Kap.; Werke 1840 XVII 34 ff.):

Wilhelm Meister bereitet mit einer Theatergruppe eine Vorführung des „Hamlet“ vor. Bei einer Leseprobe äußert er sich so: „Alles Memorieren helfe nichts, wenn der Schauspieler nicht vorher in den Geist und Sinn des guten Schriftstellers eingedrungen sei; der Buchstabe könne nichts wirken.“ Nach der Probe kritisiert der Theaterdirektor Serlo, hier das Sprachrohr Goethes, die Ausführungen Meisters. Man solle „nicht zu sehr auf Geist und Empfindung dringen. Das sicherste Mittel ist, wenn wir unseren Freunden mit Gelassenheit zuerst den Sinn des Buchstabens erklären, und ihnen den Verstand öffnen. Wer Anlage hat, eilt alsdann selbst dem geistreichen und emp-

<sup>11</sup> Die Gesetzgebungslehre Savignys gewinnt heute an Aktualität; ob auch an Richtigkeit, bleibe dahingestellt. Vgl. nur G. Bateson, Ökologie des Geistes, Suhrkamp 1981, 455; „Der weise Gesetzgeber wird nur selten eine neue Verhaltensregel initiieren; normalerweise wird er sich eher darauf konzentrieren, im Gesetz zu bestätigen, was bereits Brauch des Volkes geworden ist. Eine innovatorische Regel kann nur zu dem Preis eingeführt werden, eine große Anzahl von homöostatischen Kreisläufen in der Gesellschaft zu aktivieren und vielleicht zu überlasten.“ Vgl. D. Nörr, Rechtshist. Journal<sup>3</sup>, 1984, 175 ff.

<sup>12</sup> s. H. Kiefner, Festschrift Coing I, 1982, 149 ff.

<sup>13</sup> Stoll (A. Stoll, Friedrich Carl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, 3 Bde., 1927 ff.) I 103.

findungsvollen Ausdrücke entgegen; und wer sie nicht hat, wird wenigstens niemals ganz falsch spielen und recitieren. (Nun der entscheidende Satz:) Ich habe aber bei Schauspielern, so wie überhaupt, keine schlimmere Anmaßung gefunden, als wenn jemand Ansprüche an Geist macht, solange ihm der Buchstabe noch nicht deutlich und geläufig ist."

Die Geschichte des „Geist-Buchstaben-Topos" ist alt und auch heute noch nicht abgeschlossen.<sup>13/a</sup> Sie beginnt spätestens mit den berühmten Worten des Paulus im 2. Brief an die Korinther (36): *τὸ γὰρ γράμμα ἀποκτείνει, τὸ δὲ πνεῦμα ζωοποιεῖ* (Denn der Buchstabe tötet, der Geist aber macht lebendig.) In der Epoche Savignys und Goethes ist er einerseits ein Gemeinplatz und vielfältiger Anwendung fähig; doch spielt er andererseits im Bereich der Philosophie eine ganz spezifische Rolle. Auffallend ist schon ein Aufsatztitel, wie wir ihn bei Fichte finden: „Über Geist und Buchstaben in der Philosophie" (1974, gedruckt 1798). Die für die weitere Entwicklung der Philosophie so wichtige Gruppe der Nachkantianer um Fichte, Schelling und Hegel wollte Kant nicht widerlegen; vielmehr versuchte sie ihn besser zu verstehen, als er sich selbst verstand. Anders ausgedrückt: sie spielte den Geist der Philosophie Kant's gegen ihren Buchstaben aus (vgl. nur Fichte in der Zweiten Einleitung zur Wissenschaftslehre; Fichtes Werke (Medicus) III 65 f.).

Dabei hätten sie sich auf Kant selbst berufen können, der seinerseits den wahren Inhalt der Leibniz'schen Philosophie gegen deren Buchstaben zu Hilfe gerufen hatte.<sup>14</sup> Demgegenüber protestierte der alte Kant in einem Brief von 1799 gegen „jede Hineindeutung Fichte'scher Sätze in seine eigene Vernunftkritik, die nach ihrem Buchstaben und nicht nach einem vermeintlich dem Buchstaben widerstrebenden Geist verstanden sein wolle".<sup>15</sup> Als sich kurz darauf Schelling von Fichte trennte, erlitt letzterer das gleiche Schicksal. Die Briefe Savignys lassen erkennen, daß er sich an der Diskussion über die Philosophie Kant's intensiv beteiligt hatte. Ohne sich dabei voll an Fichte anzuschließen, stand er doch den Grundlagen der praktischen Philosophie Kants recht kritisch gegenüber.

Aber der Geist—Buchstaben—Topos läßt sich nicht nur im philosophischen, sondern auch im juristischen Bereich orten. Dabei könnte man einmal an die Auslegungslehre denken, wo etwa Autoren wie Thibaut<sup>16</sup> und Unterholzner<sup>17</sup> ihn benutzen. Von Savigny wird er hier nur selten gebraucht,<sup>18</sup> was nicht zuletzt mit seiner stärker differenzierenden Auslegungslehre zusammenhängt. Wenn er etwa in der Marburger Methodenlehre von logischer, grammatischer und historischer Auslegungsart spricht, so wäre es wenig passend, daneben eine Dichotomie von Geist und Buchstaben zu verwenden.

Wichtiger ist für ihn eine andere Verwendung des Geist—Begriffes, bei der allerdings der Gegensatz zum „Buchstaben" latent bleiben kann. Ihr Bereich wird durch den Titel des berühmten Werkes Montesquieus „De l'esprit

<sup>13/a</sup> Vgl. dazu G. Neumann, Ideenparadiese, 1976, 544 ff. 818 ff. passim (mit Hinweis auf den Artikel von Ebeling in „Religion in Geschichte und Gegenwart", 1289 ff.), sowie das Grimm'sche Wörterbuch s. v. Geist, 2723 f.

<sup>14</sup> „Über eine Entdeckung, nach der alle neue Kritik der reinen Vernunft eine ältere entbehrlich gemacht werden soll" (1790; 119 ff.).

<sup>15</sup> Österreich, Ueberwegs Grundriß der Geschichte der Philosophie IV, 1915<sup>11</sup>, 19 f.

<sup>16</sup> Theorie der logischen Auslegung, 1806<sup>2</sup>, 15.

<sup>17</sup> Allgemeine Einleitung in das juristische Studium, 1812, VI sq., 59 ff.

<sup>18</sup> Vgl. aber immerhin System I 324; VIII 398; s. dazu noch SZ 100, 39 ff.

des lois" bestimmt. Was Montesquieu unter diesem „Geist" versteht, erläutert er ausführlich in dem Kapitel über die positiven Gesetze (I 3); eine knappe Zusammenfassung gibt der Untertitel des Werkes: *Du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce etc.* In diesem Zusammenhang wäre der „Buchstaben" der Gesetze der jeweilige Gesetzestext.

Die „Geist"-Terminologie als Instrument der Analyse von Epochen, Völkern, Institutionen war im 18. Jahrhundert weit verbreitet.<sup>19</sup> Neben dem Werk Montesquieus darf hier vor allem der „*Essai sur les mœurs et l'esprit des nations*" (so der Titel seit 1756) Voltaires genannt werden. Die Rezeption dieser Terminologie in die deutsche, vor allem auch in die deutsche juristische Literatur bedürfte ebenso einer eigenen Untersuchung wie ihre jeweilige Bedeutung. Hier darf eine kurze und zufallsabhängige Aufzählung genügen.

Johann Heumann veröffentlichte 1760 den „Geist der Gesetze der Teutschen",<sup>20</sup> Pütter 1795 einen „Geist des westphälischen Friedens". Seidensticker schrieb über den „Geist der juristischen Literatur vor dem Jahre 1796" (1797), Adam Müller über den „Geist der mosaischen, griechischen und römischen Gesetzgebung" (1809),<sup>21</sup> der Landshuter Vorgänger Savignys Hufeland „Über den eigenthümlichen Geist des römischen Rechts" (1814/15).<sup>22</sup> Der Savigny besonders nahestehende Niebuhr plante einen „Geist der Gesetze des Landeigentums".<sup>23</sup> Tief in das 19. Jahrhundert hinein kommt man schließlich mit Jherings „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung" (seit 1852).<sup>23/a</sup>

Betrachtet man unter diesem Aspekt den Inhalt des Geist-Buchstaben-Topos, so scheint die Rangordnung beider Begriffe eindeutig zu sein: Das Heil liegt im Geist; dem Buchstaben bleibt allenfalls die Funktion, Vehikel für den Geist zu sein. Doch liegt das Verführerische des Topos ebenso offen zutage: Die Berufung auf den Geist gibt das (scheinbare) Recht zur Vernachlässigung des Buchstabens, zur Hervorhebung der eigenen Subjektivität, zu phantasievoll-bodenlosem Schwärmen — oder wie es Goethe und Schiller in dem Xenion „Die Sonntagskinder"<sup>24</sup> ausdrücken:

<sup>19</sup> Vgl. dazu nur die Belege bei F. Meinecke, *Die Entstehung des Historismus*, 1946,<sup>2</sup> Sachverzeichnis s.v. Geist. Nach Meinecke 103 f. entstand dieser Sprachgebrauch im späten 17. Jahrhundert und verbreitete sich dann am Beginn des 18. Jahrhunderts. Auf die umfassende Analyse dieses Vorganges durch Meinecke darf verwiesen werden. Zu einem „*Esprit des lois Romains*" von Gravina s. Cozzi, *Repubblica di Venezia e stati italiani*, 1982, 357.

<sup>20</sup> Landsberg, *Geschichte* (o. A. 5) Namensregister; vgl. auch den Hinweis bei Landsberg III 1, 359 auf Karl Christoph Hofackers Ausführungen zum verschiedenen Geist der römischen und der deutschen Gesetzgebung. — J. G. Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, 1798/1799, spricht etwa vom „ächten Geist der Lehnverfassung" (17) oder vom „Geist der Regierungsgesetze und des Civilcodex" (118); s. auch in der „*Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Deutschland*", 1785 (vgl. die Vorrede) des über den Namen von Hugo und Savigny allzu oft vergessenen J. F. Reitemeier.

<sup>21</sup> Aus den „*Elementen der Staatskunst*" (1809).

<sup>22</sup> Vgl. dazu Savigny, *System* I 221 Anm. f.

<sup>23</sup> Vgl. die Kopenhagener Manuskripte; bei Heuß (o. Anm. 4) 551.

<sup>23/a</sup> Vgl. aus der Gegenwart Iglesias, *Espíritu del Derecho Romano*, 1984;<sup>3</sup> dazu Betancourt, *AHDE* 53, 553 ff.

<sup>24</sup> Schiller (Hanser) II 741. Vgl. auch Savigny bei Stoll I 388 ff. (1809).

Jahrelang bildet der Meister und kann sich nimmer genügen.  
Dem genialen Geschlecht wird es im Traume beschert!

Das Zitat aus den „Lehrjahren“ ließ erkennen, daß Goethe die Rangordnung zwischen Geist und Buchstaben nicht geradezu umkehrte, sie aber doch variierte. Der „Buchstabe“ erhält seine Würde zurück. Selbst wenn er nicht vom Geist durchdrungen ist, hat er einen eigenen Wert. Die neue Rangordnung ist: Ansprüche auf Geist ohne Buchstabenverständnis — Buchstabe — Geist.

Savigny war vom Gedanken und von der Formulierung Goethes beeindruckt. Dabei lassen wir es offen, ob man von Einfluß oder Widerhall sprechen soll. Nicht nur wird der Ansatz Goethes in den Briefen immer wieder aufgenommen; der Goethe-Text selbst wird in juristischem Zusammenhang zweimal zitiert.

Die erste Stelle findet sich bereits in der Marburger Methodenlehre.<sup>25</sup> Savigny setzt sich hier mit den Bemühungen Fichtes um eine philosophische Begründung des Rechts auseinander, wie sie sich etwa im „Naturrecht“ und im „Geschlossenen Handelsstaat“ finden. Er berichtet über eine eben erschienene Kritik der Auffassungen Fichtes vom Recht durch zwei junge Autoren, Molitor und Kollmann.<sup>26</sup> Savigny lobt diese Kritik, schränkt das Lob aber wieder ein, wobei er auf das Goethe-Zitat verweist. Aus den knappen Ausführungen in der Vorlesungsnachschrift und einem im Nachlass gefundenen Konzept lassen sich die Argumente Savignys für Lob und Tadel an der Fichte-Kritik nicht leicht entnehmen. Es ist zu vermuten, daß er den jungen Autoren in erster Linie vorwirft, bloßes Sprachrohr des Zeitgeistes oder des öffentlichen Marktes (vgl. die *idola fori* Bacons) zu sein. Wer dem Zeitgeist folgt, mag Recht haben. Doch ist es eine Anmaßung, wenn die Autoren versuchen, Geist zu demonstrieren, obwohl sie weder den „Buchstaben“ der Philosophie Fichtes, noch auch den „Buchstaben“ des Rechts wirklich verstehen.

Zum zweiten Mal wird der Goethe-Text an herausgehobener Stelle im Einleitungsaufsatz zur „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft“ zitiert (I, 1815, 15). Es geht um die Frage, welcher Art Arbeiten in die Zeitschrift aufzunehmen sind: „Es ist der Triumph der historischen Forschung, wenn es gelingt, das Erforschte, wie etwas Miterlebtes, zu einfacher unmittelbarer Anschauung zu bringen... Aber es gelingt nicht immer, der Geschichte diesen ihren eigenthümlichen Geist abzufragen, und der Vorsatz, um keinen geringeren als um diesen Preis arbeiten zu wollen, führt unvermeidlich zu einer ganz oberflächlichen Behandlung, die bei einem Anspruch auf Geist in der That fruchtloser ist als das entgegengesetzte ganz materielle Bestreben.“ „Ich habe überhaupt“, sagt Goethe, „keine schlimmere Anmaßung gefunden, als wenn jemand Ansprüche an Geist macht, so lange ihm der Buchstabe noch nicht deutlich und geläufig ist.“

Die Ausführungen haben vor allem den Zweck, die Aufnahme schlichter rechtsgeschichtlicher Untersuchungen — ohne grösseren systematisch-philosophischen Anspruch — in die Zeitschrift zu rechtfertigen; hierfür bietet bereits der erste Band viele Beispiele. In der Vorrede (1822) zur ersten Ausgabe des 3. Bandes der „Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter“ be-

<sup>25</sup> Juristische Methodenlehre (Hg. G. Wesenberg), 1951, 49 f.

<sup>26</sup> Zeitschrift für Rechtswissenschaft I. (einziges) Heft, 1802, 67 ff. Vgl. dazu Rückert (o. Anm. 8). 269 ff.

nutzt Savigny diesen Gedanken, um der (dann auch wirklich erhobenen) Kritik zuvorzukommen (p. V sq): „Nicht wenig in diesem Bande möchte einer eigenen Rechtfertigung bedürfen; Manches wird allzu geringfügig, Anderes unsrem Zweck fremd scheinen, und jenes wie dieses hätte vielleicht nach Vieler Urtheile ausgeschlossen bleiben sollen.“ Und dann ein langes Zitat: „Die Aufgabe aller geschichtlichen Arbeiten geht dahin, vergangene Zustände in vollständiger, lebendiger Anschauung zu vergegenwärtigen. Je entfernter wir nun von dem Gegenstand der Untersuchung stehen, desto unzulänglicher zeigen sich bald die Mittel zur Lösung jener Aufgabe. Vieles einzelne wird zwar entdeckt, aber es fehlt ihm häufig noch die nöthige Verknüpfung zum ganzen, oder die Anschaulichkeit, wodurch allein es mit dem Selbsterlebten gleichartig werden kann. Diese Zwecke nun sind nur in allmäliger Annäherung zu erreichen, und alles, was zu einer solchen Annäherung führt, kann nur durch Mißverständniß für geringfügig oder für fremdartig gehalten werden, obgleich es an sich selbst gering oder in fremde Gebiete gehörig erscheinen mag.“

Gerade diese Worte sind ein deutliches Indiz dafür, daß das Goethe-Zitat für Savigny keineswegs bloßes Ornament war. Daher soll wenigstens skizzenhaft die Bedeutung des Geist-Buchstaben-Topos im Denken und in der Methode Savignys untersucht werden. Er ist für die innere Biographie Savignys vielleicht aufschlußreicher als manche programmatische Äußerungen. Wir wollen diese Skizze an drei Gegensatzpaaren befestigen: Eigentümlicher Geist gegen Zeitgeist, Quellenforschung gegen Geist der Gesetze, Rechtswissenschaft gegen eine voreilige Philosophie.

Was mit dem ersten Gegensatzpaar gemeint sein kann, läßt sich im ersten Ansatz aus einem brieflichen Urteil Savignys über ein hier nicht weiter interessierendes juristisches Werk verstehen (1809; Stoll I 400): „Das Werk ist merkwürdig und taugt sehr in meinen Kram, es zeigt, daß man in wichtigen Dingen Recht haben und doch ein Esel seyn kann.“ Fragt man weiter, was die Charakterisierung des Autors als „Esel“ rechtfertigt, so wird man an die Verwendung des Goethe-Zitats in der Marburger Methodenlehre erinnert, die überdies durch viele Briefstellen bestätigt wird: Wer dem Zeitgeist folgt, mag in allem oder in einigem im Recht sein. Doch wenn er damit „Dinge, die nun schon lange öffentlich auf dem Markt verkauft werden“ (1809 Stoll I 313 f.), nachredet, dann sind diese Äußerungen wertlos. Sie werden wertvoll erst, wenn sie (zugleich) frisch und lebendig aus dem eigenen Geist folgen. Der Anspruch, Repräsentant des Zeitgeistes zu sein, ist angesichts der für Savigny eher negativen Tönung dieses Begriffs als solcher verdächtig.<sup>27</sup> Besser ist es, seine „Beschränktheit“ zu akzeptieren und in ihr Eigentümliches zu leisten; „eine solche Beschränktheit ist unendlich mehr werth, als eine gelehrte Universalität.“<sup>27/a</sup>

<sup>27</sup> Vgl. nur die Worte Fausts (I. Teil, Gespräch mit Wagner) über den „Geist der Zeiten“. Wenn Savigny („Beruf“ 6) einmal von dem „gar nicht mehr herrschenden Geist“ (sc. des „völlig unerleuchteten Bildungstriebes“ der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts) spricht, so kennzeichnet auch hier der „Geist“ ein negativ bewertetes Phänomen. Doch handelt es sich keineswegs um den allgemein herrschenden Sprachgebrauch; vgl. nur Hölderlins Gedicht „Der Zeitgeist“ (1800). — Zum Thema: Hölderlin und Savigny (s. Rückert [o. Anm. 8.] 254 ff. mit Hinweis auf Kiefner) vgl. jetzt den Brief Arnims an Savigny (s. o. Anm. 1) vom August 1814 (95 ff., Kommentar 300); nach Arnim lassen sich an den „Hyperion“ staatswissenschaftliche Betrachtungen anknüpfen.

<sup>27/a</sup> Vgl. dazu den Falkonet-Aufsatz Goethes (Werke 1840, XXXI, 21).

Der Wertskala des Goethe-Zitates folgend haben wir am untersten Ende die bloße Imitation des Zeitgeistes (oder die Verehrung der *idola fori* Bacon's). Als nächste Stufe folgt diejenige der ehrlichen und eigentümlichen Beschränktheit. Es mag sein, daß sie nicht das Höchste erreicht, was in einer bestimmten Epoche an sich erreichbar wäre. Doch sie kann nützliche Arbeit leisten; was sie geleistet hat, ist Eigenes, Individuelles — nicht Imitiertes und Nachgeredetes. Ob dann die höchste Stufe erreicht werden kann, hängt davon ab, wieweit das „Eigenste“ dem „Höchsten“ gleichkommt (Stoll I, 316). Sie läßt sich nicht erzwingen; hier entscheidet Anlage und Begabung.

Savigny erklärt selbst, daß er mit dieser Stufung — die hier vereinfacht wiedergegeben wurde — einem Ansatz zur literarischen Kritik liefern will. Es bedürfte einer eigenen Untersuchung festzustellen, wieweit er hierin originell oder seinerseits nur ein Kind seiner Zeit ist. Charakteristisch für diesen Ansatz ist vor allem, daß er das jeweilige literarische Werk nicht abstrakt, sondern als einem bestimmten Individuum angehörend auffaßt; seine Qualität korrespondiert daher nicht so sehr mit seiner „Richtigkeit“, sondern mit seiner Individualität.

Von den vielen hiermit zusammenhängenden Problemen soll nur eines aufgeworfen werden. Wie verhält sich gerade im Rahmen der Geschichtsschreibung das „Eigentümliche“ zur Pflicht des Geschichtsschreibers, hinter seinem Werk völlig zurückzutreten, sein „Selbst gleichsam auszulöschen“?<sup>28</sup> Diese Pflicht wurde in der Epoche Savignys bekanntlich vor allem von Wilhelm von Humboldt<sup>29</sup> und von Ranke formuliert. Um die berühmte Formulierung Rankes aus der Vorrede zu seinem Erstlingswerk „Geschichte der Romanischen und Germanischen Völker“ (1824) zu zitieren: Wie soll der Geschichtsschreiber „bloß zeigen, wie es eigentlich gewesen ist,“ wenn er dabei (nach Savigny) zugleich aufgerufen ist, seine „Eigentümlichkeit“ zu demonstrieren?

Der Versuch, sich mit dieser Aporie auseinanderzusetzen, würde in schwierige geschichtstheoretische Probleme hineinführen. Niebuhr könnte sie (zumindest für Savigny) im praktischen Handeln gelöst haben. Nicht nur Ranke hat ihn als „Archegeten der Geschichtswissenschaft“ betrachtet;<sup>30</sup> bis heute gilt er als einer der Begründer moderner wissenschaftlicher Methoden in der Historiographie. Aber wie vor allem die plastische Darstellung von A. Heuß letzthin gezeigt hat,<sup>31</sup> ist nicht nur das ursprüngliche Motiv der römischen Forschungen Niebuhrs, den „Geist der Gesetze des Landeigentums“ zu untersuchen, zeit- und situationsbedingt, von einem unmittelbaren politischen Interesse getragen. Wichtiger noch ist, daß Niebuhrs Äußerungen über die Voraussetzungen der Historiographie geradezu an die Individualität des Forschers appellieren. Zu ihnen gehören nicht nur eine „genaue Geschichtskennntnis“ und „unverschmähendes Sammeln des kleinsten Bruchstücks“, sondern vor allem auch „die Gesichtspunkte und Kenntnisse eines in mehr als routinier-ten Verhältnissen gebildeten Geschäftsmannes“; dazu, „was die Geschichte

<sup>28</sup> So die spätere Formulierung Rankes, *Englische Geschichte*... I, 1859, 415.

<sup>29</sup> „Über die Aufgabe des Geschichtsschreibers“ (1821); s. Akademieausgabe I 4, 1905, 35 ff. Vgl. etwa die Worte: „Die Aufgabe des Geschichtsschreibers ist die Darstellung des Geschehenen. Je reiner und vollständiger ihm diese gelingt, desto vollkommener hat er jene gelöst...“

<sup>30</sup> Heuß (o. Anm. 4) 15.

<sup>31</sup> Vor allem 433 ff.; s. auch Niebuhr, *Vorträge über die römische Geschichte* I, 1846, 252.



der alten Republiken betrifft, wenigstens sehr nahe beobachtete, noch mehr selbst geteilte, durch Reflektion erhellte Empfindungen des Geistes und der Art stürmischer auf Tod und Untergang kämpfender politischer Parteien" (vgl. die Kopenhagener Manuskripte bei Heuß 520 f.).

Eine der Epoche Savignys gemäße weitere Möglichkeit, die Eigentümlichkeit und die Objektivität, das Besondere und das Allgemeine zu einigen, darf wenigstens durch ein kurzes Goethe-Zitat angedeutet werden:<sup>32</sup> „Das Allgemeine und Besondere fallen zusammen: das Besondere ist das Allgemeine, unter verschiedenen Bedingungen erscheinend."

Mit dem zweiten Gegensatzpaar: Quellenstudium und Geist der Gesetze kommen wir auf spezifisch juristisches Feld. Die Beziehungen Savignys zur „Geist-" Terminologie sind — soweit derzeit erkennbar — durchaus ambivalent; dementsprechend läßt sich auch kein klares Bild zeichnen. Es ist im Grunde ein erstaunliches Faktum, daß der Geist-Begriff der Aufklärungszeit, deren Historiographie durch Adjektive wie „kausal-mechanisch, pragmatisch, moralisierend" charakterisiert wird, in der Epoche des jungen Savignys nicht abgestoßen wurde,<sup>33</sup> daß die Nähe zum „esprit des nations" Voltaires die Übernahme des „Volksgeist"-Begriffes durch den (alten) Savigny (System I 14) nicht verhinderte.<sup>34</sup> Es wäre zu fragen, ob nicht die Kontinuität im Wortgebrauch bei allem grundsätzlichen Wandel der Begriffsinhalte eine Kontinuität der Fragestellung und des Rahmens der Antworten erkennen läßt.

Aber selbst wenn man von den speziellen Problemen des „Volksgeistes" (den Savigny nur als individuelle Offenbarung des allgemeinen Menschengeistes [System I 21.] verstanden hatte) absieht, so gebraucht Savigny jedenfalls an einigen Stellen den „Geistbegriff" in einer Weise, die an die Fragestellung Montesquieus erinnert. Im ersten Band (1815) der „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter" (§ 5; 2. Ausgabe S. 34 f.) spricht er von dem Verdienst der justinianischen Kodifikation, daß sie es uns erlaubt, den „Geist des Römischen Rechts" zu erkennen; in den ersten Sätzen des Vorwortes (p. III) zu diesem Band berichtet er, daß seine „Neigung" zur Literaturgeschichte des römischen Rechts auch „durch die Wahrnehmung des eigentümlichen Geistes der Glossatoren" begründet wurde. Von seinen Studien, die später zu seiner berühmten Schrift über den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" (1814) führten, hatte Savigny noch 1810 als von einem Projekt gesprochen „das von dem Geist der Gesetzgebung handeln soll" und das „in seiner Form nach noch ganz unausgebildet in (seinen) Gedanken (liegt)" (Stoll I 416). Recht nahe der Fragestellung Montesquieus steht seine Kritik an Adam Müllers „Geist der mosaischen, griechischen und römischen Gesetzgebung":<sup>35</sup> „Es ist nicht wahr, daß das Römische Recht allein auf der Idee der Welteroberung ruht und auf Besitz allein ausgeht; der eigentliche Unterschied ist: es ist ein *Stadtrecht*, die deutschen Gesetze sind Rechte weit verbreiteter Völkerstämme."

<sup>32</sup> Maximen und Reflexionen Nr. 569; ausführlicher Nr. 279.

<sup>33</sup> Anscheinend hat Herder gespürt, daß die Wendung „Geist der Gesetze" abgegriffen und zugleich vorbelastet ist; er wollte lieber von der „Metaphysik der Gesetze" sprechen (s. Meinecke (o. Anm. 19) 382 f.); ähnlich Schlosser (o. Anm. 20) 83, 245, 281.

<sup>34</sup> Vgl. zur Entstehung der Volksgeistlehre die Angaben bei Bohnert, Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas, 1975, 46 ff.

<sup>35</sup> Vgl. die Notiz aus dem Nachlaß bei Rückert (o. Anm. 8) 205. — Zum Charakter oder „Geist" der Wissenschaft oder zum „Geist vergangener Zeitalter" s. auch „Geschichte" IV. p. XIII sq.

Zuletzt dürfen in diesem Zusammenhang noch die zugleich vorsichtigen und unerfüllten Erwartungen seines Schwagers Arnims nach dem Erscheinen der ersten vier Bände der „Geschichte“ und der Kritik von Gans an diesen zitiert werden.<sup>36</sup> Arnim hatte sich bereits mit dem dritten Band recht intensiv und zugleich kritisch beschäftigt;<sup>37</sup> er war mit den Gedankengängen Savignys wohl vertraut. Im Jahre 1827 schreibt er an Savigny: „...er (sc. Gans) fordert eines Theils Unmögliches, theils etwas, was vielleicht erst dem Schlusse des Werks vorzubehalten ist, nämlich Deine Vermuthungen, Deinen esprit des lois, den ein Hegelianer als esprit der ganzen Welt, als ewige und einzige Wahrheit darlegen würde.“ Wenn Arnim den „esprit des lois“ mit dem Ausdruck „Vermuthungen“ umschreibt, so ist bereits ein möglicher Grund dafür angegeben, warum Savigny dieses Finale nicht verfaßt hat.

Dazu kommen Äußerungen Savignys, die mit der Kategorie des „Geistes“ kritischer umgehen. Das läßt sich beispielsweise anhand der nur handschriftlich überlieferten Einleitung zu seiner Institutionenvorlesung<sup>38</sup> erläutern. Savigny spricht hier von dem Studium des römischen Rechts in Preußen und Frankreich, in zwei Staaten also, die kurz vorher ein Gesetzbuch erhalten hatten: „Man hatte die löbliche Absicht, den Geist des römischen Rechts fassen zu lehren, und man glaubte dies dadurch zu erreichen, daß man eine allgemeine Übersicht seiner Grundsätze geben ließ. Allein der Geist eines Rechts kann nur aus seinen eigenthümlichen Seiten erkannt werden, und es gibt hier überhaupt keinen Mittelweg zwischen gründlichem Studium und völliger Unwissenheit, wie sich durch die merkwürdigsten Beispiele dartun läßt. So war in dem alten Frankreich eine ähnliche oberflächliche Behandlung des römischen Rechts herrschend geworden. In diesem hatte Montesquieu sich gebildet. Und er, dessen ganzes Leben der historischen Forschung gewidmet war, gibt nirgends so viele Blößen, als da wo es auf gründliche Kenntniss des römischen Rechts ankommt. Wie verderblich muß eine Methode sein, wenn selbst Männer von so tiefem Geist und so ernstlichem Streben durch sie gefesselt werden!“<sup>39</sup>

Diese Gedankengänge nimmt Savigny in der Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft“ (1814; p. 114 f.) wieder auf; es darf daran erinnert werden, daß Savigny seine ersten Überlegungen zu dieser Schrift unter den Titel „Geist der Gesetzgebung“ gestellt hatte. Auch im „Beruf“ verurteilt er die Identifizierung des Geistes des römischen Rechts mit den allgemeinsten Begriffen und Sätzen, mit dem, „was sonst Institutionen heißt.“ Er mag daran an Äußerungen wie den Vorschlag von J. G. Schlosser (Briefe über die Gesetzgebung... I, 1789, 46; s. auch 342) gedacht haben: „Alles was wir, dünkt mich, thun können, ist, ... das römische Gesetzbuch auf seine Grundsätze zurück zu führen und deren Anwendung und Erklärung in einem autorisierten Kommentar zu zeigen...“. Savigny stellt als Postulat für den künftigen Gesetzgeber folgendes fest: „Gerade für diese Anwendung auf eigene, neue Produktion ist noch weit mehr gründliche Kenntniss nöthig, als für das gewöhnliche Geschäft des Juristen; man muß

<sup>36</sup> Briefe (o. Anm. 1) Nr. 159; 1827.

<sup>37</sup> Arnims Briefe (o. Anm. 1) Nr. 151; 1822. Zur Reaktion Savignys auf diese Kritik vgl. ebendort 351 und Stoll II 286 f.

<sup>38</sup> Landshut 1808/9; bei Rückert (o. Anm. 8) Anhang I.

<sup>39</sup> „gefesselt werden“: vgl. das *sermocinari tamquam e vinculis*. S. zu Montesquieu auch „Beruf“ 125 f. Zum Rechtsstudium in Frankreich s. Wolodkiewicz, in A.—J. Boucher d'Argis, *Lettres d'un magistrat...* (Antiqua 25, 1984).

über den Buchstaben des historischen Materials sehr Herr geworden seyn, dasselbe frey als Werkzeug zur Darstellung neuer Formen gebrauchen zu können, sonst ist das *sermocinari tamquam e vinculis unvermeidlich*".<sup>40</sup>

Diese langen Zitate bedürfen in dem uns interessierenden Zusammenhange keiner langen Kommentare. Savigny wendet sich anscheinend in erster Linie gegen ein falsches Verständnis des „Geist des Rechts“ als Zusammenstellung der „allgemeinsten Begriffe und Sätze ohne kritische Prüfung, ohne Anwendung und besonders ohne Quellenanschauung“. Das Konzept Montesquieus wird dadurch nicht eigentlich getroffen; immerhin deutet Savigny an, daß viele Schlußfolgerungen Montesquieus wegen mangelnder Quellenkenntnis unhaltbar sind. Positiv und in Umkehrung der üblichen Wertskala wird dagegen der Buchstabe des Rechts hervorgehoben.

Savigny drückt hier nur seine eigene Lebensentscheidung aus. Er hatte 1803 die berühmte Monographie „Das Recht des Besitzes“ herausgegeben, die auf intensivstem Quellenstudium beruht. Ähnliches gilt für seine in Landshut und Berlin gehaltene Institutionen- und Pandektenvorlesung. Zugleich arbeitete er an der materialreichen „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter“, deren erster Band 1815 erschien. Unter dem Aspekt seiner persönlichen Forschungssituation mußte er sowohl die Identifizierung des „Geistes“ mit den „allgemeinen Grundsätzen“ als auch Spekulationen (Arnim: „Vermuthungen“) über die Beziehung des Rechts zur Umwelt ohne ausreichendes juristisches Quellenstudium grundsätzlich ablehnen.

Immerhin dürfen wir unsererseits darüber spekulieren, ob er auf eine Darstellung dessen, was er selbst für den Geist des römischen Rechts hielt, völlig verzichtet hatte. Es kann dabei von einem längeren Zitat aus der Gönner-Rezension ausgegangen werden:<sup>41</sup> „Nach der Methode, die ich für die rechte halte, wird in dem Mannichfaltigen, welches die Geschichte darbietet, die höhere Einheit aufgesucht, das Lebensprincip woraus diese einzelnen Erscheinungen zu erklären sind, und so das materiell Gegebene immer mehr vergeistigt. Dieses Gegebene Mannichfaltige aber ist selbst zwiefach, nämlich theils ein *gleichzeitiges*, theils ein *successives*, woraus nothwendig auch eine zwiefache wissenschaftliche Verhandlung entstehen muß. Das Zurückführen des gleichzeitig Mannichfaltigen auf die ihm inwohnende Einheit ist das *systematische* Verfahren, welcher Ausdruck nicht, wie von Vielen und auch hier von dem Vf. geschieht, für ein bloßes Ordnen nach formellen, logischen Rücksichten gebraucht werden sollte. Die Behandlung des successiv Mannichfaltigen dagegen ist das eigentlich *historische Verfahren*.“

Wie sich Savigny die „Vergeistigung“ durch das historische Verfahren („das Gegebene durch alle seine Verwandlungen hindurch bis zu seiner Entstehung aus des Volkes Natur, Schicksal und Bedürfnis zu verfolgen“) dachte,<sup>42</sup> kann hier im einzelnen nicht untersucht werden. Wie häufig bemerkt, kam

<sup>40</sup> Savigny spielt hier bekanntlich auf die Idola—Lehre Bacons an. Die Frage, welche Werke Savigny im Auge hatte, als er von einer Reduktion des Geistes des römischen Rechts auf die allgemeinen Grundsätze sprach, wäre näher zu untersuchen. Zu Schlosser vgl. nur Savigny, Beruf, 93; Landsberg, Geschichte III 1, 466 ff.; C. Schott, Z. f. Neuere Rechtsgeschichte 1883, 130 ff. (auch zum geistesgeschichtlichen Hintergrund, vor allem zu Leibniz); L. Björne, Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jhd. 1884, 31 ff.

<sup>41</sup> 1815; Vermischte Schriften V 115 ff. (140 f.).

<sup>42</sup> Herder hätte hier vielleicht vom „genetischen Geist und Charakter eines Volkes“ gesprochen; s. Meinecke (o. Anm. 19) 451.

er nicht dazu, dieses Programm umfassend zu verwirklichen; immerhin ist an seine Darstellung des „Eigenthümlichen des Römischen Rechts“ im „Beruf“ zu erinnern (27 ff.). Anders steht es mit der „Vergeistigung“ durch das systematische Verfahren. Wenn Savigny in der Vorrede zum „System“ (s. etwa p. XXXVI) die systematische Methode als „Erkenntniß und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verbunden werden,“ umschreibt, so drängt sich der Eindruck auf, daß — zumindest unter dem Aspekt der „höheren Einheit der Mannichfaltigkeit im Gleichzeitigen“ — das „System des heutigen Römischen Rechts“ die Stelle eines „Geistes des Römischen Rechts“ einnimmt. Doch ist der Wechsel des Konzepts etwa im Vergleich zu Montesquieu kennzeichnend. Dieser entnahm seine Charakteristik der Rechtsordnung dem Verhältnis der Gesetze zur Verfassung, zu den Sitten, zum Klima (etc.); für Savigny liegt sie im „organischen Ganzen“ des Rechts.

Wenn Savigny für seine Methode das Etikett der (echten) Vergeistigung beansprucht, so bewegt er sich im weiteren Umkreis des Goethe-Zitates. Hierfür spricht vor allem der bekannte Bekenntnisbrief an Bang vom 29. 9. 1809,<sup>43</sup> in dem er die „echte“ der „mißbräuchlichen“ Vergeistigung gegenüberstellt: „Alles ächte Streben geht unleugbar dahin, den Körper der Wissenschaften zu vergeistigen, den Buchstaben zu deuten, und immer tiefer zu deuten. Die Sonntagskinder dieser letzten Zeiten haben damit traurigen Mißbrauch getrieben. Zu vornehm um mit ihren Händen etwas Geringeres zu berühren, als das allerhöchste, haben sie das unglückliche Geheimniß gefunden, den Geist selbst, mit welchem sie allein umgehen mochten, in todtten Buchstaben zu verwandeln.“ Voraussetzung der „echten Vergeistigung“ ist die intensive Beschäftigung mit dem „historischen Buchstaben“, mit den Quellen.<sup>44</sup> Ein Beispiel echter, wenn auch unscheinbarer Vergeistigung war für Savigny der von ihm (wie auch von Goethe) überaus geschätzte Justus Möser (s. nur Stoll I 398).<sup>45</sup>

In der dritten Entgegensetzung, die wir sehr vereinfachend mit den Ausdrücken: Rechtswissenschaft und Philosophie umschrieben haben, tritt ebenfalls das biographische Element stark hervor. Sie kann an dieser Stelle nur ganz undeutlich umrissen werden.<sup>46</sup> Ausgangspunkt ist ein bekanntes Faktum:

<sup>43</sup> Stoll I 388 ff.; dazu auch Bohnert (o. Anm. 34), 24 ff.

<sup>44</sup> s. nur den Brief an Unterholzner (1812) bei A. Vahlen, Savigny und Unterholzner, Abh. Ak. Berlin 1941, 25 f.

<sup>45</sup> Die Parallele zwischen Savigny und Möser geht bin in die Diktion hinein; vgl. den Brief Möser an Nicolai (1767); zitiert bei Meinecke (o. Anm. 19) 355: „Beides (sc.-Stil und Gedanke) muß aus einer aufmerksamen und langen Betrachtung des Originals gleichsam erzeugt werden.“ Wenn Savigny im übrigen schreibt, daß bei Möser die „Form oft unter dem Wesen (bleibt)“, so nimmt er damit das Urteil Meineckes (374) voraus. Arnim (Briefe (o. Anm. 1) Nr. 134; 1816) beruft sich in seiner Diskussion mit Savigny über die Gesetzgebung auf (den nach seiner Auffassung von Savigny) „einseitig“ gelobten Möser. Überblickt man die Auseinandersetzung Savigny—Arnim über die Gesetzgebung und über das Preussische Allgemeine Landrecht, so drängt sich der Eindruck auf, daß sie an der Zuwendung Savignys zum ALR (vgl. seine Vorlesung 1819, sowie Hammen (o. Anm. 9), 62. ff.) wesentlichen Anteil hatte. Die Brief—Edition (o. Anm. 1) bringt hierzu reiches Material.

<sup>46</sup> Vgl. dazu die Hinweise in SZ 100, 42 ff.; zu Savigny und die Philosophie vgl. zuletzt (außer Rückert) etwa A. Hollerbach, in „Aspectas del Humanismo Aleman“ (Madrid 1981) 55 ff. (dort 56 auch ein Hinweis auf das Zitat aus den „Lehrjahren“).

der junge Savigny hatte ein Naturrecht, eine „metaphysische Rechtsbegründung“ (etwa im Sinne oder in Überwindung des Fichte'schen Naturrechts) zu schreiben geplant; verfaßt hat er demgegenüber die Monographie über den „Besitz“. Zwischen Plan und tatsächlichem Werk liegt das nicht voll erklärbare Geheimnis der inneren Entwicklung Savignys. Aus der Zeit der Publikation des „Besitzes“ stammen Notizen,<sup>47</sup> die eine gewisse Ahnung davon geben, wie sich Savigny den weiteren Weg vorstellte oder wenigstens wünschte. Sein Ziel umschreibt er mit einem Ausdruck der zeitgenössischen Philosophie (vor allem Schellings): „absolutes Wissen“. Es kann aber nur von einem beschränkten Punkt aus erreicht werden, „durch Anerkennen, Auffassen, Darstellen in seiner eigenthümlichen Beschränktheit.“ Was philosophisch das „absolute Wissen“ ist, ist juristisch die „absolute Rechtswissenschaft“. Man könnte versuchen, diese Überlegungen Savignys durch einen Vergleich mit den Schelling'schen „Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums“ (1802/3) zu erläutern; Savigny verweist auf sie in seinen Notizen. Im Jahre 1808 formuliert er das Programm etwas anders: „Darum ist hier (sc. an der Universität) der philosophische Unterricht die Grundlage, aber nicht bloße Transcendental-philosophie, sondern Philosophie in ihrem lebendigen Einfluß auf das reale Wissen, also mit diesem zugleich“.<sup>48</sup>

Doch müssen wir bereits hier die Untersuchung abbrechen. So darf es etwa offenbleiben, ob Savigny das Ziel der absoluten Rechtswissenschaft im „System“ verwirklicht sah, ob er nicht die Idee des „absoluten Wissens“ überhaupt aufgegeben hat (was angesichts seiner religiösen Entwicklung in den Landshuter Jahren durchaus nahe läge), oder ob er das Problem weggeschoben hat, um sich schlicht der Erkenntnis seines Forschungsgegenstandes, des römischen Rechts zu widmen. In jedem Falle lassen einige Briefe aus dem Jahre 1809 erkennen, daß der Geist-Buchstabe-Topos (und damit auch seine Goethe'sche Variante) Mittel zur Darstellung und zur Rechtfertigung dieser Zuwendung zum positiven Recht bleibt. Um es vereinfacht auszudrücken: Die Philosophie war zu früh, zu vorschnell angetreten, sich des Geistes des Rechts zu bemächtigen; dadurch wurde der Geist zum „todten Buchstaben“ verwandelt. Aufgabe ist es jetzt, das Recht in seiner eigentümlichen Beschränktheit (als Buchstaben) zu erfassen und zu deuten. Ob das, was dabei herauskommt, dann zu Philosophie und Geist führt, konnte im Moment offen bleiben.

Ergänzend darf noch auf die damit zusammenhängende, aber etwas weniger dramatische Entgegensetzung des historischen und philosophischen Elementes im Recht selbst hingewiesen werden. Sie hängt mit den eher tastenden Versuchen Savignys zusammen, nach dem Verzicht auf die „eigentliche Philosophie“ für das philosophische Element im Rahmen seiner Methodik noch einen Platz zu finden. Hierzu nur einige Zitate: Die (sogenannten) „philosophischen Juristen“ des endenden 18. Jahrhunderts, die sich „über das wahre System erheben“, aber die Mannigfaltigkeit verfehlen und „untreu arbeiten“, werden von Savigny scharf abgelehnt.<sup>49</sup> Eine positivere Bewertung des philosophischen Elements findet sich im Anschluß an die besprochenen Überlegungen über das systematische und historische Verfahren der „Ver-

<sup>47</sup> Rückert (o. Anm. 8) Anhang 5. Vgl. auch das Kapitel „Einfluß der Philosophie auf die Jurisprudenz“ in der Marburger Methodenlehre.

<sup>48</sup> Schleiermacher—Rezension, Verm. Schr. IV 260. Savigny faßt mit diesem Satz zustimmend die Auffassungen Schleiermachers zur Rolle der Philosophie an der Universität zusammen.

geistigung" (Verm. Schr. V 142): „Dabei aber wird keineswegs verkannt, daß in jenem Individuellen und Verschiedenen gewisse allgemein menschliche und gleichförmige *Richtungen* angetroffen werden, welche man das philosophische Element alles positiven Rechts nennen kann."

Dieser Ansatz wird fortgeführt bei der Erörterung von Natur und Herkunft des Inhalts der Rechtsquellen (System I 52): „In demselben (sc. im Volksrecht) finden wir ein zweifaches Element: ein individuelles, jedem Volke besonders angehörendes, und ein allgemeines, gegründet auf das gemeinsame der menschlichen Natur. Beide finden ihre wissenschaftliche Anerkennung und Befriedigung in der Rechtsgeschichte und in der Rechtsphilosophie." Eine nähere Analyse der Rolle des „Allgemeinen", das Savigny schließlich fast mit der „sittlichen Bestimmung der menschlichen Natur...", so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt" (53), identifiziert, müssen wir uns hier versagen. Für den Geist—Buchstaben—Topos ist es von Interesse, daß er in diesem Rahmen von dem „besonderen oder nationalen Element" als dem „bloßen Buchstab des Rechts (*jus strictum, ratio juris*)" spricht (55); das Adjektiv „bloß" gibt dieser Qualifizierung fast eine negative Färbung.

Die grundsätzliche Einstellung des älteren Savignys zur Philosophie zeigt sich in einem (häufiger zitierten) Brief an den Philosophen Stahl (1840), der sich über den ersten Band des „Systems" geäußert hatte:<sup>49</sup> „Daß sie einen Teil meines Buches als Philosophie gelten lassen wollen, war mir fast überraschend, obschon ich es mir gern gefallen lasse. Eigentlich habe ich ebenso wenig daran gedacht, Philosophie zu treiben, als sie zu vermeiden, mein Streben ging dahin, in der Erkenntnis des Gegenstandes, den ich als meinen Lebensberuf anerkenne, so weit vorzudringen, als es mir durch meine Natur vergönnt war, und mich nicht über dasjenige zu grämen, was mir nach derselben versagt war."

#### IV.

Wenn wir im folgenden einige Bemerkungen zu einem letzten Goethe—Zitat machen, so nicht im Sinne einer Analyse, sondern einer Problemstellung. Savigny hat sich recht häufig über das Wesen der Universitäten, über Studium, Lehre und wissenschaftliche Darstellung geäußert.<sup>51</sup> In der Abhandlung über „Wesen und Werth der deutschen Universitäten"<sup>52</sup> erörtert er anfangs den Unterschied zwischen einem wissenschaftlichen Schriftsteller und einem Universitätslehrer. Er unterscheidet beide Gruppen nach Aufgabe, Adressatenkreis und Bedeutung der Kundgebung des individuellen Charakters in der Darstellung. Dabei geht man sicherlich nicht fehl in der Vermutung, daß

<sup>49</sup> Marburger Methodenlehre (o. Anm. 25) 36 f.

<sup>50</sup> E. Salzer, *Konservative Monatsschrift für Politik, Literatur und Kunst* 70, 1912/3, 346 ff. Weitere Fundstellen in SZ 100, 43 Anm. 59. Das im hier nicht zitierten Teil des Textes gebrauchte Uhrmachergleichnis geht in Ansätzen bis zu Thomas von Aquin, in seiner vollen Ausbildung bis auf Nicolaus Oresme (gest. 1382) zurück. Vgl. Albrecht A. C. von Müller, *Zeit und Logik*, Dissertation München 1981/82, 206 ff.

<sup>51</sup> Vgl. dazu die Abhandlungen in den *Verm. Schr.* (IV 245 ff.); weitere Hinweise in der Ausgabe der Briefe Arnims (o. Anm. 1) 234. Doch enthalten auch andere Schriften Savignys entsprechende Äußerungen.

<sup>52</sup> Geschrieben 1827, gedruckt 1832. Vgl. *Verm. Schr.* IV 270 ff.

Savigny danach strebt, die Qualitäten des mündlichen Vortrags soweit wie möglich auch für den schriftlichen Vortrag zu retten. Die Aufgabe des Lehrers formuliert er hier ähnlich wie in anderen Texten (275 f.): „Er soll Das, was in langer Zeit und sehr allmähig entstanden ist, so lebendig in sich aufgenommen haben, daß ein ähnlicher Eindruck entstehe, als wäre die Wissenschaft jetzt und mit einem Male in seinem Geist erzeugt worden.“ Der Schüler wird dann „nicht bloß lernen und aufnehmen, sondern lebendig nachbilden, was ihm in lebendigem Werden zur Anschauung gebracht wird.“ Die lebendige Lehre verleiht den Universitäten ihren eigentlichen Wert. Und hier (277) zitiert er einen Text Goethes, der sich auf den Vortrag poetischer Erzählungen bezieht: „Schreiben ist ein Mißbrauch der Sprache, stille für sich lesen ein trauriges Surrogat der Rede. Der Mensch wirkt alles, was er vermag, auf den Menschen durch seine Persönlichkeit, die Jugend am stärksten auf die Jugend, und hier entspringen auch die reinsten Wirkungen. Diese sind es, welche die Welt bewegen und weder physisch noch moralisch aussterben lassen“.<sup>53</sup> Wie Savigny dann noch einmal wiederholt (freies Zitat, 281): Der wahre Grund der Wirksamkeit der Universitäten besteht in der Anregung des wissenschaftlichen Denkens durch die Anschauung einer gleichartigen, aber bereits ausgebildeten Tätigkeit im Geiste des Lehrers.

Hinter den Gedanken und Worten Goethes und Savignys steht eine lange Diskussion über Wert und Unwert von geschriebenem und gesprochenem Wort. Sie kann hier nur an ganz wenigen Beispielen veranschaulicht werden. Für den Platon des „Phaidros“ und des 7. Briefes ist das geschriebene Wort tot, allenfalls als Gedächtnishilfe brauchbar; die lebendige Wahrheitssuche bedarf des Gesprächs.<sup>53/a</sup> Dieser Gedanke wird in der Epoche Savignys von Fichte aufgenommen, mit dessen Lehren sich Savigny in seiner Jugend viel beschäftigt hatte. Nach zeitgenössischen Berichten versuchte Fichte seine philosophischen Vorlesungen in Jena in Dialogform zu halten;<sup>54</sup> in seinem 1807 geschriebenen (1817 veröffentlichten) „Deduzierten Plan einer zu Berlin zu errichtenden höheren Lehranstalt“ fordert er (§ 7) eine Verwandlung des wissenschaftlichen Unterrichts „aus der Form einfach fortfließender Rede... in die dialogische Form“.<sup>55</sup> Zu erinnern ist auch an die berühmten Überlegungen W. von Humboldts<sup>56</sup> zur „lebendigen Sprache“, die „kein Werk (er-

<sup>53</sup> Dichtung und Wahrheit, zweiter Teil, 10. Buch am Ende. S. auch Maximen und Reflexionen (Insel-Verlag 1976) Nr. 290, 891; p. 244 f. Nr. 10 u. 11. Vgl. auch R. Chr. Zimmermann, Das Weltbild des jungen Goethe I. 1969, 96 ff.

<sup>53/a</sup> Vgl. auch Bretone, Quad. di Storia 20, 1984, 238 f. Weitere Nachweise bei Triantaphyllopoulos, Das Rechtsdenken der Griechen, 1985, 197. — Möglicherweise hat Savigny auch an entsprechende Äußerungen Bacons gedacht (vgl. Nachweis bei B. J. Shapiro, probability and Certainty..., 1983, 234).

<sup>54</sup> Vgl. nur die biographischen Angaben zu Fichte in der Einleitung zur Ausgabe von Fichtes Werken in 6 Bänden von F. Medicus (I 1908). — Zu verweisen ist auch auf die zeitgenössische Diskussion über das „symphilosophieren“, an der sich der junge Savigny intensiv beteiligt hatte: s. nur Rückert (o. Anm. 8).

<sup>55</sup> Vgl. damit die berühmte Denkschrift Humboldts „Über die innere und äußere Organisation der Höheren Wissenschaftlichen Anstalten in Berlin“ (1809/10; veröffentlicht 1896). Wenn es richtig ist, daß nach Humboldt — auf der Basis der Prinzipien „Einsamkeit und Freiheit“ — die Universität für die Wissenschaft und somit „der Student für den Professor da ist“ (H. Schelsky, „Einsamkeit und Freiheit, Rowohlt 1963, 94 ff.), so wäre die Universitätsidee Humboldts nicht unbedingt identisch mit der Universitätsidee der (nach Schmalz) ersten Berliner Rektoren Fichte und Savigny.

<sup>56</sup> „Über die Verschiedenheit des menschlichen Sprachbaus und ihren Einfluß auf die geistige Entwicklung des Menschengeschlechts“ (Einleitung in das Werk

gon), sondern eine Tätigkeit (energeia) ist. Dort heißt es etwa: „Selbst ihre (s. c. der Sprache) Erhaltung durch die Schrift ist immer nur eine unvollständige, mumienartige Aufbewahrung, die es doch erst wieder bedarf, daß man dabei den lebendigen Vortrag zu versinnlichen sucht.“

Beschränkt man sich auf die Überlegungen Savignys, die durch das Goethe—Zitat gestützt werden, so richtet sich ihre Tendenz gegen die Methode des Rechtsstudiums im 18. Jahrhundert, wie sie uns etwa aus manchen Partien der Autobiographie Goethes recht plastisch entgegentritt.<sup>57</sup> Es sei vor allem das „Mechanische“ des Studiums hervorgehoben: das Kommentieren eines vorgegebenen Lehrbuchs in der Vorlesung, das Diktieren und Auswendiglernen, das Haften an Regeln und isolierten Texten, der Verzicht auf innere Zusammenhänge. Hier setzt bereits der junge Savigny der Marburger Methodenlehre ein (71 f.); das ist ein Zeugnis dafür, daß das Goethe—Zitat nur längst gedachte Gedanken bestätigt. Dort sagt er: das System müsse „nicht als bewiesen, sondern als etwas zu Erfindendes dargestellt werden. Verbindung mit der Exegese würde also notwendig sein, so daß das System sichtbar in jedem Augenblick aus der Interpretation hervorginge.“ Im folgenden finden wir die Ausführungen aus der Universitätsschrift vorgebildet. Dabei wird nicht nur die Entgegensetzung, sondern auch die Parallelität von schriftlicher Niederlegung und mündlicher Lehre deutlich: „Das beste, was in jeder Mitteilung, Buche oder Vortrage, enthalten sein kann, ist unstreitig die Methode der Erfindung.“

Das Gedankenmodell Savignys ließe sich vielleicht folgendermaßen umschreiben: Die Gegenstände, mit denen ein Schriftsteller zu tun hat, sind nichts, was fest umrissen oder isolierbar ist. Sie sind „dynamisch“ und „organisch“ zugleich. Dem entspricht eine Erkenntnismethode, die man — in einem sehr allgemeinen Sinne — als dialektisch bezeichnen kann; sie hat das Wechselnde, Veränderliche ebenso im Auge, wie den inneren Zusammenhang aller Gegenstände. Wenn Realität und Erkenntnis in diesem Sinne lebendig und organisch sind, dann bedarf es auch einer Darstellungsweise, die diesen Qualitäten entspricht.

Wie man sich eine Konkretisierung dessen vorzustellen hat, kann in diesem Rahmen nur mit einigen Zitaten verdeutlicht werden; sie führen uns zugleich auf das Thema: Goethe und Savigny zurück. Der junge Savigny hatte sich intensiv mit der praktischen Philosophie (Ethik) beschäftigt. Wenn wir an die Ethik des 18. Jahrhunderts denken, so steht auf der einen Seite das axiomatische und dogmatische System Christian Wolffs, auf der anderen Seite der strenge und formale kategorische Imperativ Kants. Beide entsprechen nicht der Idee einer lebendigen Erkenntnis und Darstellung der Moral. Savigny formuliert im Jahre 1800 das Problem auf folgende Weise (Stoll I 148): „... es wäre wenigstens der Untersuchung werth, ob nicht ... blos durch das Medium der *Darstellung* das Geheimniß der Menschheit am meisten enthüllt, kurz, das geleistet werden könnte, was ich im höhern Sinne ein System der Moral nennen möchte.“ Goethe ist nach Savigny diesem Ideal besonders

---

über die Kawi—Sprache, 1830/35) (Akademie—Ausgabe VII/1, 1907). Dazu von juristischer Seite etwa Arthur Kaufmann, *Sprache und Wissenschaften*, Berner Universitätsschriften 1984, 11 (mit weiteren Hinweisen 22 Anm. 10). Großfeld, *Juristenzeitung*, 1984, 1 ff.

<sup>57</sup> Vgl. auch die Texte bei Hattenhauer—Buschmann, *Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, 169 ff. Zur Universität Straßburg im 18. Jhd. s. zuletzt M. Thomann, *Festschrift Hübner*, 1984, 313 ff.



nahe gekommen (Stoll I 145 f.): „Meines Erachtens hat die practische Philosophie noch ganz andere Dinge zu suchen als eine systematische Form, und ich kann mit einem Worte keine andere unter unsren Schriftstellern als practische Philosophen erkennen als Göthe und Jacobi...“.

Daß hier vor allem an den bereits erwähnten Roman „Wilhelm Meisters Lehrjahre“ gedacht wird, zeigen neben eigenen Bemerkungen Savignys besonders deutlich Äußerungen Friedrich Schlegels; mit dessen Ideen hat sich Savigny in dieser Epoche intensiv beschäftigt. So sagt Schlegel etwa (Athenäum I 203, 1798): „Die Lehren welche ein Roman geben will, müssen solche seyn, die sich nur im Ganzen mittheilen, nicht einzeln beweisen, und durch Zergliederung erschöpfen lassen.“ Und in der von Savigny besonders gerühmten Rezension der „Lehrjahre“ heißt es (Athenäum I 349): Die Charaktere in diesem Roman seinen „ein unerschöpflicher Stoff und die vortrefflichste Beyspielsammlung für sittliche und gesellschaftliche Untersuchungen“. Wenn somit die praktische Philosophie ihre neue Darstellungsform im Roman findet, ist es kein Kuriosum, daß das Gerücht umging, Savigny selbst bereite einen Roman vor (Stoll III 269).

Die Äußerungen Savignys könnten eine Verständnishilfe für die Gründe sein, warum er die Idee eines „Naturrechts“ aufgab und sich (gleichsam als Erzähler) dem positiven Recht und der Rechtsgeschichte zuwand. In jedem Fall wird der Zusammenhang seiner Überlegungen zur Darstellung des juristischen Systems „als etwas zu Erfindendes“ mit der zeitgenössischen philosophischen literarischen Diskussion deutlich geworden sein. Und man könnte auch den Beweis antreten, daß seine berühmten Ausführungen über die „systematische Form“ in der Vorrede zum „System“ (p. XXXVI sq.) zugleich ein Echo dieser Diskussionen aus seiner Jugendzeit darstellen.

## V.

Wenn wir kurz zusammenfassen: Die Auseinandersetzung Savignys mit dem — von ihm ernst, nicht ironisch aufgefaßten — Faust—Zitat brachte sicherlich kein aufregendes sachliches Ergebnis. Sie enthielt die Bestätigung der auch sonst gut bekannten Rechtsentstehungslehre Savignys. Weit bedeutender ist der „symbolische“ Wert dieses Zitats; Savigny fühlte sich gezwungen, die für ihn höchste säkulare Autorität wie auch immer auf seine Seite zu bringen. Demgegenüber spielt der Geist-Buchstaben-Topos eine weit gewichtigere Rolle als Leitmotiv der inneren Biographie Savignys. Stichworte sind hier etwa: Aufwertung der bescheidenen Faktenforschung, Quellenstudium, Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft und ihre Trennung von der Philosophie, Substitution sowohl des „esprit des lois“ als auch der Philosophie durch das juristische System. Und das Zitat über die Schwächen schriftlicher Darstellung könnte Anlaß geben, über das unlösbare Problem des richtigen Verhältnisses von Realität, Erkenntnis und Darstellung nachzudenken.

Der Versuchung, aus unseren eher „mikroskopischen“ Untersuchungen methodologische Folgerungen zu ziehen, soll hier nicht nachgegeben werden. Man könnte diese unter der Perspektive des Geist-Buchstaben-Topos erörtern, so wie ihn Goethe (und Savigny) ironisch und nüchtern umformuliert hatten. Wir haben Zitate untersucht in denen auch „Unausgesprochenes“ zu Worte kommen kann. Damit bewegten wir uns in dem Bereich des „Buchstabens“,

der voll erfaßt werden muß, bevor man sich (wenn überhaupt) an die „Vergeistigung“ macht. Ein Goethe—Zitat paßt auch in diesen Zusammenhang: „Wollte Gott ... wir wären alle nichts weiter als Handlanger! Eben weil wir mehr sein wollen und überall einen großen Apparat von Philosophie und Hypothesen mit uns herumführen, verderben wir es.“<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Gespräche mit Eckermann (Insel 1955), 18. 5. 1824.

## To the Questions of State, State Organization, State Activity

The social phenomenon, named State today, has been known under different designations during the historical development. For the Greeks of Antiquity, this nomenclature meant the polis (city-state), in Roman terminology the civitas (community of the citizens of full legal capacity), the res publica and the empire. In the Middle Ages, the term State mainly meant country (regnum, crown).<sup>1</sup> The term stato came into general use in the authority of Machiavelli, in France, Germany, and England, in the 18th century. This term was also used in the Middle Eastern countries, as well.<sup>2</sup>

In the bourgeois theory of the State of the early 20th century, the State is mainly a type of community, in which a power prevails, ensuring the social order on a definite territory by means of law and, if necessary, under coercion.<sup>3</sup> In the bourgeois theory of State, there is an opinion, too, according to which the State is identical with the mechanism of its institutions: Parliament, government, the ruler, self-government, the functionaries of the central state organs (civil servants, state officials). The State is, namely, an abstraction, in the name of which the government, as a part of the organization of the sovereign state power, consisting of people, acts.<sup>4</sup> Then, it is established, as well that the State is only an organization among other organizations in the society, and not even the most important. Otherwise, they do not acknowledge even the class nature of the State.

The term of State was connected by the classics of Marxism with more than one synonymous expression. Marx appreciated, already in a work of his young days positively Hegel's opinion that the State was an organization, consisting primarily of representative and administrative organs, i.e. of delegates and officials.<sup>5</sup> And Engels, emphasized that the State was a separate public power, the organization of the ruling class, a machinery, but it was also a force, co-ordinating society.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Jellinek: Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1922, pp. 129—135.

<sup>2</sup> Zamkowski, W.: Wstęp do nauk o państwie i prawie. Wrocław, 1972, p. 12—14.

<sup>3</sup> Mac Yver: The modern State. London, 1926, p. 22.

<sup>4</sup> Laski, H. J.: Studies in Law and Politics. London, 1928, p. 299, 1932, p. 240.

<sup>5</sup> Marx: A hegelí államjog kritikája (Criticism of Hegel's state law). MEM, vol. I. Budapest (Hungarian), 1957, pp. 231, 250. Marx: Louis Bonaparte brumaire tizennyolcadikája (Brumaire 18 of L. Bonaparte). MEM, vol. 8. Budapest, 1962, pp. 101—192.

<sup>6</sup> Engels: A család, a magántulajdon és az állam eredete (Origin of the family, private property and State) (Hungarian). MEM, vol. 21 resp. 17, p. 577.

According to Lenin, the State is a separate group of men („the personnel or staff), who are selected to administer others and this group always keeps in hand a certain coercive force, physical strength. The State is also a power, originating from society, comprising the own formations of men, provided with arms.<sup>7</sup> He established, already earlier, that the State, as an organization, on the one hand, was an organization, in the stricter sense of the word, i.e. it means the separate cell of human community; on the other hand, it was an organization in the wide sense of the word, as well, i.e., the sum of cells, forming a group as a whole, as a kind of social organization.<sup>8</sup>

The State is, therefore, according to the classics of Marxism, a separate group of men, a separate organization, having power, and is connected with a definite territory and population (people, nation) with its economically ruling class. The products of the Marxist political theory after World War II, based on sociological knowledge, have explained the following about the State as a personnel and organization of public power.

The products of the Marxist political theory, published in the 1960s, emphasized that the State in stricter sense as a group of men, separated from society (state apparatus, state machinery, state organization, most closely: repressive organization). The State as a group of men, separated from society, includes the citizens who deal with public (state) affairs, comparatively with permanent character; that is to say: it only contains a number of citizens, namely those who monopolize, directly or indirectly, the possibility of exercising physical force, who exercise state power. Thus, it does not include every citizen. This separate group of men forms the structure of the State, consisting of state organs (minor human groups), the members of which perform their activity strictly in a hierarchical order, determined by the law, as well, under the supervision of the superior organ, ensuring in this way their unity. The state organization is formed by a number of individuals who exercise state power. The organization of the State, the single state organs consist of natural persons but these (the natural persons) take part in this not with their full personality in principle, but only with a part of it and this part is interwoven with state activity. The natural persons active in the state organization may be divided into two groups: those who perform state activity only for the time being, these are generally not professional workers.<sup>9</sup> These investigate into state power (particularly public power) embedded in the framework of political conditions, in connection with state organization.

The products of the Marxist state theory, published in the 1970s, started from that one of the kinds of the lasting social relations between men is: the social relations of connection-character, in which the connections are either of personal or of non-personal character. The State is the formalized social big-group, i.e. organization, falling into the framework of the latter. From a political point of view, the organizations in the following sense are the most important ones: (a) those consisting of men, playing certain parts, (b)

<sup>7</sup> *Lenin: Allam és forradalom (State and revolution). Lenin's Complete Works. Hungarian, 2nd ed. Budapest, 1965. Vol. 33, pp. 1—111.*

<sup>8</sup> *Lenin's Works, vol. 7. Budapest (Hung.), 1953, p. 267.*

<sup>9</sup> *Lukity, R.: Théorie de l'Etat et du droit. Paris, 1974, 1974, pp. 195—6, 217—226. Lukity: Uvod u pravu. Beograd, 1966.*

<sup>10</sup> *Kovács, I.: A szocialista államfejlődés új elemei (New elements of the socialist development of State) Budapest, 1962, pp. 176—7.*

they who have some premises, equipments at their disposal to perform the work, (c) where people are interlinked by the common norm of behaviour, (d) where the activity of the members of the organization is directed by common values, (e) where there are common symbols for people, (f) where there are institutionalized control methods, as well, guaranteeing that the activity corresponds to the rule of behaviour. They establish, too, that the men working in the organization may change but the organization survives further on. The state organization may be characterized with the above traits and is connected with the problems of state power.<sup>11</sup> It is emphasized, as well, that the characteristic traits of state organs are that their composition is formed by the special collectivity of the men dealing with guiding, with extraordinary, authorized power and with a peculiar organizational composition.<sup>12</sup> It is emphasized, too, that the State is a complicated social phenomenon, its definitions reflect, therefore, the different sides of this, like, e.g., the organization of the public power and also the politically organized community of people.<sup>13</sup>

We are of the opinion that the conception of the State as public power, as personnel and organization, should be preserved further on, as well. But the investigations in connection with the mentioned characteristics should also be widened.

Investigating into the problems of the *State as public power*, it is important to conceive it as a social relation, in which one of the subjects (e.g. the state organization), being superior, subordinates the other subjects (e.g. the population) and, in case of disobedience, employs force against them. The conception of those in superior position, as leaders (heads of affairs, governing bodies), and of those, being in a subordinated position as directed (led, governed) persons is, further on, considerable. It is important for the future, too, to deal with the connections of the public power, like those of the political state power, with the economic and ideological power and particularly with the interests of the different social classes and layers but also with other value systems as well. The subjects of the public power, as state power, within the state organization should also be analysed because the social classes, particularly the ruling class, but the people or nation and the directing party, as well, are important in connection with this. The problems of rule should also be analysed separately from power.

The analysis of the *State as a personnel* is important in state theory, as well: as state power, as a public power, cannot be exercised without any personnel. It should also be analyzed, how the subordination of the state per-

<sup>11</sup> Lang, W., Wróblewski, J., Zawadski, S.: *Theorie państwa i prawa*. Warszawa, 1979, 3. 1. 2. *Wiatr, J.: A politikai viszonyok szociológiája* (Hung.). (Sociology of political conditions). Budapest, 1980, pp. 145—153. Kulcsár, K.: *Szociológia*, 1976, pp. 10—103.

<sup>12</sup> Zamkowski, W.: *Op. cit.*, p. 106, *Antalfy, Gy.: Állam, politikai rendszer, társadalom* (State, political system, society). Budapest, 1979, pp. 103—104. Samu, M.: *A hatalom és az állam* (Power and State). Budapest, 1977. *Bihari, M.: A hatalom és az állam* (Power and State). Budapest, 1977. *Bihari, M.: A döntésmechanizmus szervezeti, hatalmi és érdekkörnyezete* (Organization, power and interest, as the environment of the mechanism of decisions). *Társadalmi Szemle*, 1979, No. 3. *Bihari, O.: Képviselői rendszer* (Representative system). *Állam- és jogtudományi enciklopédia*. Budapest, 1980, p. 981.

<sup>13</sup> Tikhomirov, Yu. A.: *Obshchenarodnoe gosudarstva is upravlenie sotsialno-ekonomitsheskimi protsessam*. SGP 1976. No. 11, p. 11.

sonnel to the the social subjects of public power is realized, respectively what they are characterized with, apart from not taking part immediately in production, receiving wages (salary) for their work, and their selection being connected with different conditions.

The *State as an organization* is many times divided into parts, into smaller groups of men between (and within) which even conflicts are possible. It should be analysed whether the state organization may be divided into two organ types, i.e. into representative-corporative and bureaucratic organs. The latter division should be referred — depending on the answer to the question — to Courts of Justice and attorney's departments, as well, and not only to the administrative organization. We should investigate into the statuses, formed in the state organs, the alterations (rights and duties — competences) in connection with them, as well as the individual conceptions of roles, their main types. It is also to be explored whether the persons can or cannot be entirely identified with the State as a whole. The State is, namely more permanent than they are. The inner hierarchical system of the state organisation is an important condition of the unity of the state organization. It is further on necessary to analyse recollectedly the personality marks, promoting the performance of state activity. Namely, that not all the traits of the personality of the state staff should be necessary in principle to perform state activity. Besides, the State subsists independently of that the staff, forming it, is permanently interchangeable. This is the result of the non-full personality, as well. The official person remains namely the same, independently of who he be personally. His official activity is prescribed by rules of law, these fix, what is and what is not to be considered as an official state activity.

The products of the Marxist state theory, following World War II, were founded on the theory of leadership and analysed the questions of state activity independently.

In the 1960s, it was emphasized by the Marxist state theory that every activity, aimed at leading, directing the society in a definite direction, directly or indirectly, is a state, political activity. It called the attention to the fact that state activity has two bearings: (a) making the decision or resolution, (b) implementing the decision or resolution. These two bearings of state activity are centralized in the function of the State, they lead the actions of citizens, direct them in social processes.<sup>14</sup> They emphasize, as well, other questions of state activity (e.g. the effects, effectivity, the necessity of investigating into them).<sup>15</sup>

In the 1970s, the Marxist political theory continued to analyse the questions of state activity and expounded that difference should be made between power and non-power political activity. But within the framework of exercising state power, the conception of the 1960s was also conserved.<sup>16</sup> The standpoint was also expressed that the political activity served the realization of the aims fixed and by it direction-leading was meant in a wider sense. Direction and leading should, therefore, not be narrowed down to the activity of the administrative organs. They should also be interpreted more widely, in

<sup>14</sup> Lukity, R.: *Politicka teorija drzva*. Beograd, 1962, pp. 117—206.

<sup>15</sup> Antalffy—Samu—Szabó—Szotácky: *Állam- és jogelmélet* (Theory of State and Law), Budapest, 1970, pp. 102, 114, 139.

<sup>16</sup> Zamkowski, W.: *Op. cit.*, pp. 107—108. *Wiatr*: *Op. cit.*, pp. 180—186.

connection with other state organs. And the political directing-leading contains all the elements of direction and leading, dealt with by the theory of leadership and organization. Thus, it contains particularly acquaintance with information, deciding, organizing, and supervising.<sup>17</sup>

We are of the opinion that, in the Marxist political theory, the categories of state activity should be preserved further on, in addition to the category of state or political functions. But here, the research work should be deepened.

Examining the questions of state activity, it is important to interpret it as a directing-leading activity. The state activity, as a directing-leading activity, is a particular working activity which enables the unification of social forces to start or prevent changes or other definite aims. But it should not be left out of consideration that political activity is a preserving activity, as well. While, namely, the representative and governmental activity is primarily of directing character, the activity of Courts and attorneys is first of all directed towards preserving, conserving the legally regulated living conditions.

Investigating into the questions of state activity, as a directing-leading activity, it is also important to understand it as a process, including the following phases: (a) preparation of the decision with knowing the information and planning, (b) making the decision, (c) implementing the decision with planning and supervision. The state or political activity is, in this way, connected with input and output factors, in which the public-power personnel-organization of the State has a part as a factor, framing inputs into outputs, corresponding to the peculiarities of the personnel-organization of the State. This, of course, also raises the question of transformation of the interests-claims into state organs and the questions of the comparison, ranging from interests-needs, i.e. that the state organ promoting intervenes in the arrangement of social relations with state-political activity, corresponding to the political aims.

The state activity is of many layers, the grouping of which is justified, as well. We may only abstract the functions of the State and explore them from the manifold state activity after performing such a preliminary scholarly task.

<sup>17</sup> Kask, J.—Nikolaeva, L. V.: O nekotorykh voprosa ponyatia funktsiy gosudarstva. Vestnik LGU, 1974. No. 11. pp. 103—104.

<sup>18</sup> Tikhomirov, Yu. A.: Op. cit., pp. 11—19. Bihari, O.: Az állam működése (Functioning of the State). Állam- és Jogtudományi Enciklopédia. Op. cit., pp. 347—349. Szamel, L.: Államigazgatás (közigazgatás) (Administration). Állam- és jogtudományi enciklopédia. Op. cit., p. 152—153.





## Römisches Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika

1. Das Forschungsprojekt zum Thema „Römisches Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika“, dessen Arbeitsplan ich kurz in Grundzügen darlegen will,<sup>1</sup> lehnt zum Teil an zwei Studientreffen an, die vor einigen Jahren in Sassari stattfanden.

a) Im Jahre 1972 führte in Sassari die Abteilung Lateinamerika der Forschungsgruppe über die Verbreitung des Römischen Rechts, das „Erste Treffen lateinamerikanischer Forschung“ (*Primo incontro di studi latino-americani*) durch in dem Fragen des Verhältnisses der Entwicklung des Studiums des römischen Rechts zu den im Gang befindlichen Veränderungen der lateinamerikanischen Universitätsstrukturen zur Sprache kamen. Es nahmen unter anderen Experten für Fragen des römischen Rechts (F. Margadant) und für Hochschulfragen (M. Sabbatini, H. A. Steger) teil. Zum gleichen Zeitpunkt wurde die Ausarbeitung der durch direkte Erhebungen ermittelten Daten, sowie die Sichtung von Anschauungsmaterial zur „Lage der wissenschaftlichen Forschung und Hochschulbildung auf dem Gebiet des römischen Rechts und der römischen Kultur in Lateinamerika“ abgeschlossen.

Die beiden Aspekte dieser Untersuchung über „Römisches Recht und Universität in Lateinamerika“<sup>2</sup> erfaßten, bezugnehmend auf Lateinamerika, einen Zusammenhang, der für Europa in der Historiographie zwar längst unumstritten fest Fuß gefaßt hat und dennoch immer wieder, oft sogar lebhaft, in Frage gestellt wird, wenn es um die Ausbildung des Juristen und um die Erfordernisse der Praxis geht.

So wurde in dem Treffen von 1972, in jener ideellen Spannung und jener Weitsicht, zu deren Belebung auch das Gewicht der Studentenbewegungen beitrug, die aus dem Jahr 1968 das „Jahr der Studenten“<sup>3</sup> gemacht hatte,

<sup>1</sup> Dieses Forschungsprojekt stellt ein Teilstück einer umfassender angelegten, von mir geleiteten Untersuchung mit dem Thema „Römisches Recht und ius-romanistische Tradition in der Geschichte der osteuropäischen und aussereuropäischen Länder, mit besonderer Berücksichtigung Lateinamerikas“ dar, die vom Nationalen Forschungsrat (C. N. R.) genehmigt wurde. Die Herausgabe des vorliegenden, Prof. E. Pólay gewidmeten Bandes ist mir eine willkommene Gelegenheit, in Erinnerung an unsere gelegentliche Zusammenarbeit (cf. auch *infra* 3. 2. d.) diesen ersten Bericht zu veröffentlichen.

<sup>2</sup> Cf. *Diritto romano e Università dell'America Latina. Indagine diretta da P. Catalano*, Napoli, 1973 (*Index*, Bd. 4, 1973).

<sup>3</sup> Die Gesellschaft für Rechtswissenschaften in Sassari hatte damals mehrere wichtige Forschungsbeiträge zusammengefaßt: cf. den Band *Università, Studi Sassari*, III, 1, 1969.

der „Tragweite des Zusammenstoßes der sog. technologischen Zivilisation mit den traditionellen Hochschulstrukturen und mit den Werten, deren Träger diese heute noch (in vielfältiger Weise) sind, Rechnung getragen und festgestellt, daß „der Pragmatismus nun für das Römische Recht zum gefährlichsten Gegner geworden sei“. Im Rückgriff „auf den geschichtlichen Ursprung des inzwischen im Niedergang befindlichen Übergewichts der juristischen Fakultäten innerhalb der lateinamerikanischen Universitäten und Gesellschaftsordnungen einerseits, und des längst überholten Vorrangs des Römischen Rechts in der Werthierarchie dieser Fakultäten“, <sup>4</sup> wurde zum Ausdruck gebracht, es sei „Verantwortung und, dank ihres ius-romanistischen Strukturkerns, politisches Ziel der lateinamerikanischen Universität, die umfassende institutionelle Alternative gegen importierte und der lateinamerikanischen Wirklichkeit fremde Lebensvorstellungen anzubieten.“ <sup>5</sup>

Das ging nicht ohne Gegensätze vonstatten. Einerseits betonte man zum Beispiel, daß „wir manchmal, abgesehen von solcher Beredsamkeit, auch eine andere Sehnsucht antreffen, und zwar den naturrechtlichen Wunschtraum..., der der Vorstellung des Rechts als Sozialtechnologie entgegensteht“. <sup>6</sup> Andererseits wurde herausgestellt, daß wir „der Ideologie der Sozialtechnologie die Utopie des Studiums der Institutionen der Antike entgegensetzen können, als Anreiz der Phantasie und als Ansporn der Kritik, das heißt als fehlenden Respekt für das Bestehende, im Hinblick auf das, was sein muß und kann, und im Blick auf das, was in der Vergangenheit gewesen ist“. <sup>7</sup>

Dieser Zusammenhang zwischen römischem Recht und Universität stellte somit einen Themenkern dar, dessen tiefergreifende Beleuchtung in geschichtlicher Hinsicht eine spätere Untersuchung zu rechtfertigen schien, in der, im Rahmen einer Erforschung der Rechtssysteme, die deren Verhältnis zur Sozialgeschichte mitberücksichtigt, die Rolle der Universität für die Geschichte des „heutigen Römischen Rechts“ und der ius-romanistischen Einrichtungen in Lateinamerika, sowie umgekehrt die Rolle des römischen Rechts für die Geschichte der Universität klarer zutage träten.

b) Im Jahre 1973 führte darauf in Sassari die Forschungsgruppe über die Verbreitung des römischen Rechts eine internationale Tagung zum Thema „Staat und revolutionäre Einrichtungen im antiken Rom“ durch, an dem auch zahlreiche lateinamerikanische Romanisten teilnahmen.

Die Interessengebiete der Tagung waren, <sup>8</sup> methodisch gesehen, die „Verwendung bzw. Ablehnung der modernen Kategorien ‚Staat‘ und ‚Revolution‘ bei der Auslegung der ‚politisch-rechtlichen‘ Wirklichkeit der Antike, sowie die Untersuchung der Verwendung und umgekehrt der Ablehnung der römischen Antike im Laufe der großen Revolution der Neuzeit, in der der Aufbau des ‚Staates‘ an der Tagesordnung war“.

Man begnügte sich allerdings nicht mit einer solchen Gegenüberstellung und gelangte „einerseits zu einer präziseren und bewußteren Übernahme

<sup>4</sup> P. Catalano, *Linee dell'indagine*, in *Index cit.*, p. 1 f.

<sup>5</sup> H. A. Steger, *Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20. Jahrhundert*, sowie Diskussionsbeiträge in: *Index cit.*, pp. 26 ff, 97 ff.

<sup>6</sup> F. Margadant, *Enseñanza del derecho y derecho romano*, sowie Diskussionsbeiträge in: *Index cit.*, pp. 90 ff, 97 ff.

<sup>7</sup> P. Catalano, Diskussionsbeiträge in *Index cit.*, p. 118 f.

<sup>8</sup> Cf. die Akten in *Index*, 7, 1977 (Versch. 1981), p. 3 ff. Cf. außerdem *Index*, 3, 1972, p. 153 f; L. Labruna, in *Labeo*, 19, 1973; R. Günther, in *EAZ Ethnogr. — Archäol. Z.*, 15, 1974, p. 99 f.

antiker Begriffe, andererseits zur ‚Erfindung‘ ‚neuer‘ zeitgenössischer Kategorien, in einem erkenntniswissenschaftlich-operativen Verhältnis von Gegenwart und Antike, das am ehesten für richtig und fruchtbar befunden wurde“.<sup>9</sup>

Die Aufmerksamkeit war deshalb auf die *res publica* gerichtet, die „im Vergleich zu den traditionellen, innerlich und äußerlich auf Blutsrecht gegründeten, gesellschaftspolitischen Systemen“, einen revolutionären Komplex darstellte; sowie auch auf die „Verfassungsrevolution“ der Plebs, die den Wert der „Isonomie“ in das System der Zenturiatsordnung einführte und einen fortwährenden Anspruch erhob, der dann auch von der *civilitas* des Gesamtreichs übernommen wird, usw. Was die „gegenwärtige Thematik“ anbelangte, so wandte sich die Aufmerksamkeit Rousseau, Montesquieu, Robespierre, Constant und ihren Gedanken über die klassischen Schriftsteller zu, wobei folglich ihre Bezugnahme auf antike Kategorien beim Aufbau des gegenwärtigen Staates untersucht wurde. Die Erörterung weitete sich bezeichnenderweise aus auf Bolivar, auf Bello, sowie auf die Rolle, die das klassische Modell beim „revolutionären“ Engagement zugunsten der amerikanischen Unabhängigkeit gespielt hat“. Das ‚Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano‘, das bei der derselben Gelegenheit in Sassari gegründet wurde, legte sich somit unmittelbar auf ein Programm fest, in dem die Erforschung des römischen Rechts in mehrere Richtungen hin offen blieb; besondere Aufmerksamkeit galt dabei den Beziehungen des römischen Rechts zum geltenden Recht, und zwar in zweierlei Hinsicht: Was das Privatrecht anbelangt, geht es um die internationale „Vereinheitlichung“ des Rechts, die unter Umständen eine neue Form der „Isonomie“ darstellt; was das öffentliche Recht anbelangt, haben wir es mit der eigentlichen Thematik des Staates und der revolutionären Einrichtungen zu tun.<sup>10</sup> Auch diese Zusammenhänge stellten Themenkerne dar und regten die nähere Bestimmung und Abgrenzung von Fragen an, bei denen eine Vertiefung, der geschichtlichen Untersuchung, d. h. eine Erfassung der verschiedenen Ausformungen, die sie in der Vergangenheit angenommen hatten, bedeutsam und letzten Endes klärend erschien.

2. Die Untersuchung der Rolle, die das römische Recht in der Geschichte Lateinamerikas gespielt hat, richtete sich somit insbesondere auf die Ereignisse des vergangenen Jahrhunderts, die die Kodifizierung des Rechts, ihre Verknüpfung mit den Unabhängigkeitsrevolutionen und ihre Verankerung im lateinamerikanischen Gemeinrecht betreffen. Letzteres schien einen heute noch lebendigen Bestandteil innerhalb der Einheitsdynamik des Systems selbst darzustellen, wobei die Kodifizierungen als eine bruchlose Ausformung desselben auftraten, als ein Instrument, das losgelöst war von jenem Rechtsnationalismus, der die neuere europäische Geschichte kennzeichnet (wenngleich auch hier der Nationalismus keineswegs zum einzigen Aspekt gewor-

<sup>9</sup> G. Lobrano, *A proposito di Stato e istituzioni rivoluzionarie in Roma antica*, in *Index*, 7 cit., p. 9 ff.

<sup>10</sup> Dieser Arbeitsplan hat sich so dann schrittweise verwirklicht in den lateinamerikanischen Kongressen des Römischen Rechts/Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano I (1976) in Buenos Aires (siehe dazu S. Schipani, in *Labeo*, 22, 1976, p. 433 ff.), II (1978) in Jalapa siehe dazu S. Schipani, in *Labeo*, 26, 1980, p. 448 ff.), III (1981) in Bogotá (siehe dazu S. Schipani, in *Labeo*, 27, 1981, p. 441 ff.), IV (1983) in Brasília (siehe dazu S. Schipani, in *Labeo* im Druck), sowie im Studienseminar von Asunción (1977) (siehe dazu S. Schipani, in *Labeo*, 23, 1977, p. 380) (cf. ausserdem *Index*, 6, 1976 aber 1983, p. 129 ff.).

den ist).<sup>11</sup> Die Universitäten erschienen nun einerseits von einem andauernden Universalismus geprägt zu sein und waren andererseits der Ort, an dem die politischen Eliten heranwuchsen, die eine wichtige Rolle in der Unabhängigkeitsbewegung und bei der Strukturierung der neuen Staaten spielen.

Die Notwendigkeit, die Beziehungen zwischen römischem Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Kodifizierungen noch eingehender zu untersuchen, hat mich veranlaßt, ein „vorläufiges Arbeitsprogramm“ auszuarbeiten, das davon ausgeht, daß „die spezifische Form, die die ius-romanistische Überlieferung im vergangenen Jahrhundert bezüglich der Rechtskodifizierungen in Lateinamerika angenommen hat, eng mit den Unabhängigkeitsrevolutionen auf dem Kontinent zusammenhängt. In der Tat wirken sich diese Revolutionen auf das Verhältnis zur iberischen Tradition aus; sie verändern außerdem zutiefst die Beziehungsstrukturen der Länder Lateinamerikas im Hinblick auf die anderen Kultur- und Wirtschaftszentren (Kontinental-)Europas und der angelsächsischen Welt, sowie nicht zuletzt das Verhältnis zu den einheimischen Bestandteilen im Innern der genannten Länder“.<sup>12</sup>

3. Der Versuch im Folgenden einige erste Ergebnisse einer Arbeit geordnet zusammenzufassen, an der ich in Zusammenarbeit mit mehreren Kollegen tätig bin und die noch nicht abgeschlossen ist — wobei ich darum bitte, die unvermeidliche Knappheit der Darstellung, die Schematisierungen, sowie die Gefahren nicht ausreichend fundierter Verallgemeinerungen zu entschuldigen —, trennt die die Verfassungen betreffenden Überlegungen von denjenigen über die Bürgerlichen Gesetzbücher, unterscheidet also die beiden Pole, denen sich die Aufmerksamkeit zugewandt hat.<sup>13</sup>

3.1. Im Bereich der Verfassungen haben wir anfänglich drei verschiedene Perspektiven berücksichtigt, und zwar a. das „Bolivarsche Modell“, b. das Modell des Nationalstaats, c. das Beispiel Paraguays, in ihrem jeweils verschiedenen Verhältnis zu Modellen, die zu verschiedenen Zeitpunkten der Geschichte des ius-romanistischen System vermittelt wurden.

a) Was das erste Modell anbelangt, so kann auf eine alte Wurzel hinge-

<sup>11</sup> Cf. *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, in *Studi Sassaresi*, Serie III, 5, 1977—78; cf. außerdem S. Schipani, in *Labeo*, 24, 1978, p. 249 f.; P. Catalano, *Il diritto romano attuale dell'America Latina*, in *Index*, 6 cit., p. 87 ff. (besonders p. 95 ff.); J. M. Castán Vázquez, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid, 1984, p. 95 ff.

<sup>12</sup> Cf. S. Schipani, in *Labeo*, 27, 1981, p. 293 ff., wo auch ein Programmentwurf abgedruckt ist. Cf. außerdem für alle einerseits P. Catalano, *A Proposito dei concetti di 'rivoluzione' nella dottrina romanistica contemporanea (tra 'rivoluzione della plebe' e dittature rivoluzionarie)*, in *SDHI*, 43, 1977, p. 440 ff.; *Continuità e rivoluzioni in età moderna*, in P. Catalano—P. Siniscalco, *Aspetti storico-religiosi e giuridici dell'idea di Roma: tradizione e rivoluzione. Università degli Studi di Roma — Progetto di ricerca di Ateneo*, Roma, 1981, p. 5 ff. (= in *Da Roma alla Terza Roma* — Studi — I, *Roma Costantinopoli Mosca, Napoli*, 1983, p. 562 ff.) und andererseits M. Kossok—J. Kübler—M. Zeuske, *Ein Versuch zur Dialektik von Revolution und Reform in der historischen Entwicklung Lateinamerikas (1809—1917)*, in *Studien zur vergleichenden Revolutionsgeschichte. 1500—1917*, Berlin, 1974, p. 160 ff.

<sup>13</sup> Ich verweise in dieser kurzen Zusammenfassung nicht auf die wissenschaftliche Literatur zum Thema, sondern ausschließlich auf die Beiträge, die im Zusammenhang mit dem im Gang befindlichen Forschungsprojekt ausgearbeitet werden, wovon einige schon in Druckfahnen vorliegen, andere druckfertig sind. Ausnahmsweise beziehe ich mich außerdem ab und zu auf andere Schriften derselben Mitarbeiter, sofern in ihnen wichtige Hinweise in Richtung unseres Projekts geliefert werden.

wiesen werden, und zwar die in Rom verbreitete ‚ökumenische‘ Auffassung, derzufolge „untereinander sehr verschiedene ethnische Überlieferungen innerhalb eines Bezugsrahmens der individuellen Sicherheit und Prosperität zusammenleben“. Diese Auffassung kann auf die „Einrichtung eines Territorialstaates“ verzichten, da sie eher auf der „Charakterisierung als *Civis Romanus*“ gründet. Im Mittelalter wird diese Auffassung durch ein entgegengesetztes Konzept und zwar durch dasjenige der „Territorialität“ ergänzt, und geht, während das Römische Reich zum Reich der „Nationen“ wird, in den spanischen Erlebnisbereich ein, von wo sie in die „neue Welt“ hinüberprojiziert wird.

Der Aufgabe dieses Modells von Seiten der Bourbonen im 18. Jahrhundert, die eine „Herrschaft“ auf einem „nationalen“ Territorium anstreben, entspricht u. E. eine Reaktion, die unter dem Zeichen der Treue zu ihm zur Unabhängigkeit führt. Im Verlauf des vor allem auf der Ebene der politisch-verfassungsmäßigen Ausarbeitung von dem Namen Simón Bolívars geprägten Versuchs, ein solches „ökumenisches“ Modell für Lateinamerika zu entwickeln, gelingt es jedoch, abgesehen von dem Ansatz, den er selbst im Anklang an die alte römische Auffassung zu verwirklichen suchte, einem Teil der ihn unterstützenden Kräfte nicht, sich von dem Konzept der Territorialität frei zu machen, was ein Hemmnis darstellt angesichts der „un-territorialen“ Legitimität der Macht, d. h. angesichts der spezifischen Art und Weise, mit der die einheimische Bevölkerung Macht auf den Raum bezieht.

Die „hacienda“ brachte demnach nicht die Kraft auf, „frei und unabhängig an der sozial-ökonomischen Erneuerung mitzuwirken“, und das ist vielleicht der Schlüssel zum Verständnis des Scheiterns des Bolívarschen Projekts. Das französische Modell eines territorialen Nationalstaates behielt die Oberhand, obgleich in der Universität Andrés Bello, in den lateinamerikanischen Integrationstheorien sowie (cf. *infra* 3.2.b) in einem Teil der Kodifizierungen des Zivilrechts, der ökumenische Geist in einer authentisch lateinamerikanischen Perspektive überlebte.<sup>14</sup>

b) Das Modell des territorialen Nationalstaats wurde im Übrigen wesentlich in Abwesenheit der „Nationen“ verwirklicht und es mit den Verwaltungseinheiten der spanischen Organisation zusammenfiel. In Venezuela — die Bemerkungen haben aber vielleicht allgemeinere Gültigkeit — gab es zwar zahlreiche Unterschiede zwischen den verschiedenen Verfassungsent-

<sup>14</sup> Dieser Themenkreis wurde schon insbesondere von H. A. Steger untersucht, und zwar in: H. A. Steger, *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina* (vom selben A. cf. auch schon *Die Universitäten in der gesellschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas*, Bielefeld, 1967; *Die Bedeutung* usw. cit., sowie Diskussionsbeiträge in *Index*, 4, 1973, p. 22 ff., 97 ff., die einige Hinweise enthalten); sowie von L. Zea, *Imperio Romano y imperio español en el pensamiento de Simón Bolívar*, in *Nuestra América*, 1, 1980, México, p. 11 ff. (= in *Quaderni Latinoamericani*, 8, 1981, p. 13 ff.) (vom selben A. cf. auch schon *América como conciencia*, México, 1972); von M. Panebianco, *Teorías da integração Latino-americana no Século XIX (Estado Federal e Estado Supranacional)*, in *Direito e Integração*, Brasília, 1981, p. 57 ff.; *La recezione del Jus gentium in America Latina*, in *Studi Sassaresi*, 8, 1980–81, p. ff.; und von M. Sabbatini, *Pensiero e linguaggio politico bolivariano. 1810–1818 (América, Patria, Nación, Pueblo, República, Estado)*, in *Quaderni Latinoamericani*, 8 cit., p. 37 ff. Dieser Themenkreis wurde auch in dem 1983 in Rom von der Società Bolivariana di Roma durchgeführten Primer Coloquio Europeo de Estudios Bolivarianos (Akten im Druck) angesprochen. (Zu Bolívar im Besonderen stellt das *Lessico costituzionale bolivariano*, Napoli, 1983 ein wichtiges Arbeitsmittel dar.)

würfen; und doch scheint eine gemeinsame liberale Grundstruktur verbreitet zu sein, deren Kennzeichen „die Gewaltenteilung, die Proklamation der Individualrechte und der entschiedene Schutz des uneingeschränkten Eigentums“ sind. Diese Grundstruktur wurde allerdings auch in Abwesenheit einer bürgerlichen Revolution auf der Grundlage einer Bewegung erreicht, die die Interessen der „criollos“ gegenüber einem übermäßigen Liberalismus der spanischen Krone, oder überhaupt angesichts der Ungewißheit ihres Schicksals zu schützen suchte. Sobald einmal auf die oben geschilderte Weise das Bolivarsche Projekt hinfällig geworden war, hing die Übernahme der eben angedeuteten Verfassungsformen von deren geistiger Glaubwürdigkeit als Möglichkeit einer wissenschaftlichen Staatsorganisation ab; eine solche Übernahme sei im Schatten der ideologischen Kraft des römischen Rechts, der *ratio scripta*, herangereift, bei deren Um- und Ausarbeitung die subjektiven Rechte und der Begriff der Souveränität selbst zusammen geflossen seien.<sup>15</sup>

Diese mehrfache Trennung der legalen Verfassungen von der gesellschaftlichen und kulturellen Wirklichkeit, die auf mehreren Ebenen bei der Bildung der unabhängigen Staaten Lateinamerikas auftritt, scheint eine nähere Klärung zu verdienen, und zwar sowohl um etwaige Unzulänglichkeiten der Verfassungen verstehen zu können, als auch umgekehrt, um deren Mehrwertigkeit analysieren zu können, in Bezug auf etwaige Fähigkeiten der Verfassungen solche Trennungen zu überwinden oder sich von gesellschaftlichen Bedingungen loszulösen, für die sie geschaffen worden waren. Sie regt außerdem zu einer genaueren Einschätzung der gnoseologisch-operativen Funktion an, die das antike Modell und seine Untersuchung, mit samt deren aufeinanderfolgenden Anpassungen im Laufe der Geschichte der Unabhängigkeit Lateinamerikas möglicherweise ausgeübt hat und noch ausüben kann.

c) Die Geschichte von Paraguay wird zur Zeit einer bedeutsamen Revision von Seiten der Geschichtsschreibung auf internationaler Ebene unterzogen. Bis 1870 stellt das Land einen Einzel„fall“ des an der Antike inspirierten Verfassungsmodells dar, dessen Durchführung von bemerkenswerter zeitlicher Dauerhaftigkeit ist, und das erst auf Grund eines offenen Angriffs von außen fällt. In Paraguay werden die Instanzen der römischen Magistraturen eingeführt, und die Grundlage der Versammlung ist, vor allem anfänglich, demokratisch, vom Volk ausgehend, (erst später auf die besitzende Schicht beschränkt). „Das Gedankengut war liberal, was den Ursprung der Macht — der Allgemeinwille —, nicht aber den Vollzug der Macht anbelangt.“ Auch das sozio-ökonomische Modell, das als „Staatsmerkantilismus“ eingestuft wurde, unterscheidet sich von dem anderer Länder, stützt sich auf große staatliche Ländereien und entwickelt auch staatliche Industrien, die dem Land eine ausgesprochene Selbständigkeit und Unabhängigkeit verleihen.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Diese Hypothese ist insbesondere von R. Pérez Perdomo untersucht worden, in *Derecho romano, codificación e independencia política en Venezuela* (vom selben A. cf. schon *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Caracas, 1978).

<sup>16</sup> Dieser Ansatz ist insbesondere von C. A. González untersucht worden, in *El Proceso legislativo Paraguayo, desde la Colonia hasta comienzos del siglo XX*; sowie von P. Catalano, *Indipendenza e codificazione del diritto; alcuni dati dalla storia della Repubblica del Paraguay*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 540 ff. (vom selben A. siehe auch schon *Consolato e dittatura: l'„esperimento“ romano della Repubblica del Paraguay (1813—1844)*, in *Studi Romani*, 26, 1978, p. 178 ff. = in *Dittatura degli antichi e dittatura dei moderni*, Roma, 1983, p. 151 ff.).

Es scheint, als könne man eine enge Verbindung zwischen den institutionellen Formen und dem Problem der nationalen Unabhängigkeit erkennen. Analogien zu Ansätzen und Modellen des Bolivarschen Verfassungsdenkens wurden aufgeworfen und sollen genauer geklärt werden.

3.2. Im Bereich der Bürgerlichen Gesetzbücher haben wir folgende Themen angeschnitten: a) die Kritik des gültigen Rechtes, als Vorgeschichte der Kodifizierung; b) den Begriff des Gesetzbuchs (*codice*) und sein Verhältnis zum Gemeinrecht; c) das Eigentumsrecht; d) andere allgemeineren vergleichenden Gegenüberstellungen.

a) Die Kritik des gültigen Rechts scheint in der juristischen Kultur des 18. Jahrhunderts in Lateinamerika zu fehlen; ihre Anfänge stehen in Zusammenhang mit der Unabhängigkeit. Diese Beobachtung, die vorerst für Venezuela gemacht wurde, muß in ihrer allgemeinen Tragweite noch überprüft werden. Sie stimmt allerdings mit der Feststellung überein, daß das indianische Recht, abgesehen von einigen durch besondere Gesetze aufgehobenen Teilen, in vielen der unabhängig gewordenen Länder noch viele Jahrzehnte lang in Kraft blieb.

Die Untersuchung der nach der Unabhängigkeit formulierten Kritik, die bisher am Beispiel Chiles vertieft wurde, zeigt eine Übernahme der in Europa dem Gemeinrecht gegenüber entwickelten Gemeinplätze (Vielzahl von Gesetzen, ausschließlich aufzählende Gesetzbücher, Unklarheit des Rechts, überholter Sprachgebrauch, Unzahl von Kommentaren, sowie Unsicherheit in den öffentlichen Beziehungen und eine schlechte, langsame Justizverwaltung, die von all dem herrührt), und ihre Übertragung auf das königliche spanische Recht.

Es überwiegt außerdem die erwähnte Kritik von außen, im Vergleich zur Kritik von innen, d. h. zur Tendenz, ein bestehendes Recht in seiner Grundsubstanz durch ein anderes zu ersetzen, was auf einen Ansatz hinweist, dessen Vorgänger in der spanischen Kultur wir mitberücksichtigen. Diese Art Kritik wird von Juristen aller ideologischen Richtungen betrieben, während die dem römischen Recht gewidmete Kritik ausgesprochen begrenzt ist; letztere geht von Rechtswissenschaftlern aus, in deren Vorstellungen u. E. eine gemeinsame liberale Grundüberzeugung erkennbar ist.<sup>17</sup>

b) Die Diskussion zum Thema „Gesetzbuch“, wiederum am Beispiel Chiles gesehen, geht von einer Gegenüberstellung von „Reform“ und „Konsolidierung“ des Rechts durch das Gesetzbuch bis hin zu einer Sicht, die „die beiden Prozesse vereinigt“. Die unmittelbare Nach der Unabhängigkeit hervortretende Linie der „Reform“ schlug die Übernahme des *Code Napoléon* vor. Dieser Vorschlag, der z. B. auf Haiti und danach in Bolivien befolgt worden war, wird dagegen in Chile überwunden, was zu einer weit verbreiteten Einstellung zugunsten der „Konsolidierung“ führt. Andrés Bello drückt diese Einstellung aus in dem Beitrag zum Neuen, den er durch eine

<sup>17</sup> Dieser Themenkreis ist insbesondere von A. Guzmán Brito untersucht worden, in *Crítica al derecho como presupuesto de la codificación en Chile en torno al primer tercio del siglo XIX*, sowie von R. Pérez Perdomo im oben zitierten Beitrag. Die Vorgänger in der spanischen Kultur des 18. Jahrhunderts, mit Bezug auf ein bedeutsames Beispiel, hat V. Tau Anzoategui, untersucht, in *El pensamiento español en el proceso de la codificación hispano-americana: los „Discursos criticos“ de Juan Francisco de Castro* (vom selben Autor siehe auch schon insbesondere *Las ideas jurídicas en la Argentina (1810–1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Buenos Aires, 1977, rezensiert von R. Zorraquin Becú, *Quaderni Fiorentini*, 8, 1979, p. 413 ff.).

Aneignung der Überlieferung herausarbeitet, und zwar durch die Aneignung der stärker an das römische Recht und an seine späteren Wechselfälle gebundenen Elemente, und insbesondere, wie aus den von ihm selbst geleisteten Verweisen ersichtlich ist, an die *Siete Partidas*, d. h. ausgerechnet an jenes schon durch seinen Ursprung so stark an den Gedanken des Reichs, an seine „ökumenische“ Perspektive, gebundene Werk.<sup>18</sup>

Und das von Andrés Bello in Chile ausgearbeitete Bürgerliche Gesetzbuch wurde im Namen der „begehrten sozialen Einheit unseres Kontinents“ (M. Arcizar) mit teils sehr geringfügigen Veränderungen weitgehend übernommen. Die Welt der Einheimischen blieb allerdings im Grunde aus dieser Struktur ausgeschlossen, — eine Tatsache, die es näher zu untersuchen gilt.

Die in dieser Weise skizzierte Dynamik, die ich mit der Abfolge „Unabhängigkeit — Aneignung der Gesamtheit der Überlieferung — Kodifizierung“ umreißen will, ist noch nachdrücklicher entwickelt im Werk des Argentiners Dalmacio Vélez Sársfield. Letzterer geht genauestens den Wurzeln der Bestimmungen des Gesetzbuches, an dem er arbeitet, nach und erklärt sie in „Notas“, die mit offiziellem Auftrag abgefaßt und veröffentlicht wurden, noch heute weiter veröffentlicht werden und eine gegliederte Einheit mit dem Wortlaut des Gesetzbuches selbst bilden. Diese Wurzeln werden, außer in den Texten der anderen gültigen Gesetzbücher und deren Kommentatoren, auch in den Texten des Gemeinrechts und in denjenigen der römischen Juristen erkannt, was jene analytische Aneignung der römischen Überlieferung innerhalb des lateinamerikanischen Zivilrechts hervorbringt, die als „Transfusion des Römischen Rechts“ definiert worden ist und nicht von romantischen Auffassungen, sondern von der tagtäglichen auch durch die Gerichtserfahrung angereicherten Vertrautheit mit dem *mos italicus*, seinen Methoden und seinen Wandlungen geleitet war.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Diese Zusammenhänge wurden insbesondere von A. Guzmán Brito untersucht, in *El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del derecho civil*, in *Studi Sassaresi*, 5, 1977—78, p. 137 ff. (vom selben Autor cf. auch *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977; *Para la historia de la fijación del derecho civil y sus divisiones*, in *Historia*, 14, 1979, Santiago, pp. 315 ff.; *Ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista*, in *AG*, 195, 1979, p. 145 ff.; *Ensayo de una bibliografía para la historia de la codificación civil chilena*, in *Quaderni Fiorentini*, 7, 1978, p. 601 ff.; und zuletzt *Andrés Beldrés Bello codificador*, 2 Bde., Santiago, 1982), sowie, was andere Gesichtspunkte anbelangt, von H. Hanisch Espíndola, *El derecho romano en el pensamiento y la docencia de don Andrés Bello*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 19 ff. (vom selben A. siehe zuletzt *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago, 1983); G. Cermeno Tapia, *Andrés Bello y su proyección americana*, in *Studi Sassaresi*, 5. cit., p. 115 ff.; S. Schipani, *Andrés Bello romanista istituzionista*, in *Andrés Bello e il diritto latinoamericano* (im Druck). Zur Bedeutung des Hinweises auf die *Siete Partidas*, cf. auch Steger in den oben zitierten Arbeiten, sowie De Los Mozos, *Algunos aspectos de la influencia hispanica en el código civil de Andrés Bello*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 445 ff.

<sup>19</sup> Diese Forschungsrichtung wurde insbesondere von A. Díaz Bialeto verfolgt, in *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI—XIX) y Dalmacio Vélez Sársfield autor del Código Civil Argentino (1864—1869)*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 251 ff. (vom selben Autor siehe auch schon *El derecho romano en la obra de Vélez Sársfield*, 3 Bde., Córdoba, 1949—1952; *La transfusión du droit romain*, in *RIDA*, 18, 1971, p. 471 ff.; *Influencia del derecho romano en el derecho positivo de la Argentina*, in *Romanitas*, 10, 1971, p. 235 ff.); von H. Vázquez—J. C. Ghirardi—M. L. Rolfo de Costamagna, *Tres escritos judiciales del dr. Vélez Sársfield. Su versación romanista*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 347 ff.; von L. Moisset de Espanés,



Die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches an Stelle der antiken Gesetzestexte reiht sich in diesen Fällen als Vervollständigung in den ausdrücklichen Bruch mit Spanien als modernem Staat ein, nicht aber mit der Tradition, die es vermittelt und angereichert hatte. Letztere wird in unterschiedlicher Art und Weise angeeignet: sie dient allgemein als tiefgreifender Bezugsrahmen, während größtenteils das von ihr übernommen wird, was unmittelbar Teil des Gemeinrechts und des römischen Rechts war.<sup>20</sup> Es wird vielleicht möglich sein, in einem Vergleich zu den die Verfassungen betreffenden Bemerkungen und mit ähnlicher methodischer Absicht, die Möglichkeit zu berücksichtigen, die Übereinstimmung der Bürgerlichen Gesetzbücher oder bestimmter Aspekte derselben mit dem „Bolivarschen Modell“ abzuwägen, wenn auch eine Reihe von Elementen vorhanden sind, die eher in Einklang mit dem Modell des „territorialen Nationalstaates“ stehen.

Das Gesetzbuch ist ein Gesetz besondere Art. Die Berücksichtigung jenes „rechtswissenschaftlichen Augenblicks des Rechts“, der auch in den ausschließlich auf Gesetz gestützten Rechtsordnungen gegenwärtig ist, und in den Gesetzbüchern einen umso breiteren Raum einnimmt, die fast vollständig von der Rechtswissenschaft ausgearbeitet werden und sodann zur Auslegung zu ihr zurückkehren, stellt ein analytisches Hilfsmittel dar, das im vorliegenden Fall eine besondere Bedeutung einnimmt.<sup>21</sup> Die Gesetzbücher gehen in der Form des Gesetzes auf, das deren Inhalt an das Prinzip der Volkssouveränität und an das Bedürfnis nach „Gewißheit“ bindet. Dies geschieht jedoch, ohne daß dieselben vom Rahmen des Gemeinrechts, der rechtswissenschaftlichen Forschung, d. h. von den Juristen isoliert werden; ohne daß sie innerhalb eines etatistischen Rechtsnationalismus' eingeengt werden; ohne daß sie von jenem Universalismus losgelöst werden, deren Ausdruck und Instrument sie, gemeinsam mit den Universitäten, bleiben. Das Recht besitzt in Lateinamerika eine spezifische Valenz, wo der Drang zur (zwischenstaatlichen) Vereinigung des Rechts sich auf einen reichen Bestand an zwar aufgegliederter, aber nie gebrochener Einheit stützt.

Die oben erwähnte Abfolge mündet nicht in den Rechtsnationalismus ein, sondern führt auf eine Perspektive, auf eine Kodifizierung innerhalb des Gemeinrechts zu. Die Gesetzbücher enthalten in ihrer Komplexität mehrere Elemente, und zwar Elemente des Gemeinrechts, des 'Universalismus' des römischen Rechts, der wissenschaftlichen Erforschung des Rechts, der *scien-*

---

*Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 445 ff.

<sup>20</sup> Von Bedeutung für die nähere Klärung dieser Feststellung ist die Untersuchung der Rechtskultur der lateinamerikanischen „abogados“, wie sie z. B. aus den Bibliotheken ersichtlich ist: dieser Arbeitsgedanke ist vor allem von G. Dolezalek behandelt worden, und zwar in *Libros jurídicos anteriores a 1800 en la biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 491 ff.; siehe aber auch Díaz Bialek im oben zitierten Beitrag.

<sup>21</sup> Dieser von mir in der *Nota introduttiva* der *Studi Sassaresi*, 5 cit., ange deutete Blickpunkt wird von E. González de Cancino untersucht in *Algunas consideraciones en torno a la influencia del derecho romano en las codificaciones civiles de América Latina*, sowie von mir selbst in *Enciclopédia Saraiva do Direito, s. v. Unificação do direito (direito romano, codificação)*, 75, São Paulo, 1977—... p. 463 ff., und in *Sistemas Jurídicos e Direito Romano. As Codificações do Direito e a Unidade do Sistema Jurídico Latino-Americano*, in *Direito e Integração* cit., p. 35 ff.

*tia iuris*; sie beinhalten außerdem Elemente, die an liberale, bürgerliche Vorstellungen gebunden sind, haben dagegen nur verschwindend wenige Anzeichen (in sehr viel begrenzterem Maße als in Europa) eines Nationalismus auf dem Gebiet der Rechtskultur entwickelt.

c) Die bisher ausgeführten Arbeitsrichtungen beziehen sich eher auf das Gesetzbuch im Sinne einer Sonderform der Stabilisierung des Rechts durch ein Gesetz — und nur allgemein beziehen sie sich auf die in ihm enthaltenen Normen — als auf die Geschichte spezieller Einrichtungen: Man denke zum Beispiel an die Vereinheitlichung des Rechtssubjekts im Vergleich zur früheren Vielzahl von Personenkategorien, sowie auch zu seinem Abstrahieren vom Bezug auf den Menschen, statt dessen die juristische Person mit einbezogen wird; oder an das Vertragssystem und allgemeiner an die Verwirklichung der Privatautonomie; oder an die subjektiven Rechte, usw.<sup>22</sup>

Vor die Notwendigkeit einer genaueren analytischen Berücksichtigung dieser grundlegenden Aspekte des kodifizierten Normenkomplexes gestellt, haben wir die Untersuchung über die Geschichte des Eigentums angebahnt, die sich mit dem Übergang vom System der „*mercedes de tierras*“ (in dem der Besitz noch nicht zu den individuellen Rechten gezählt wurde) zum System des Bürgerlichen Gesetzbuches beschäftigt.

In Argentinien verläuft dieser Übergang in mehreren Phasen. Zunächst werden aufklärerische und radikal-liberale Vorstellungen erprobt und Landzuteilungen in Erbpacht durchgeführt; daraufhin geht man zu umfassenden und übereilten Schenkungen und Verkäufen über, die zum Großgrundbesitz führen. Das Bürgerliche Gesetzbuch wird verfaßt, als die Wandlung nunmehr vollzogen ist; es ist also nicht deren Instrument. Es legt den absoluten, ausschließlichen und fortdauernden Charakter des Eigentums fest und läßt Erscheinungen, die es aufteilen, wie etwa die Erbpacht und die Oberfläche, nicht zu. Das geschieht, nicht ohne sich mit den verschiedenen möglichen Potenzialitäten der ius-romanistischen Schemen auseinanderzusetzen, die es übernimmt, wobei eine spezifische Auslegung derselben angedeutet wird, ohne aber den historisch-dogmatischen Zusammenhang mit deren Grundstruktur, sowie mit den anderen, gewiß nicht individualistischen Perspektiven, die sie ausdrückten, zu unterbrechen.

In Paraguay findet dagegen die „Privatisierung“ des Landes wesentlich nach der Annahme des Gesetzbuchs statt. Sie folgt demnach der militärischen Niederlage des oben schon erwähnten Systems, dessen Charakteristikum weitläufige Staatsbesitze waren.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Zu diesen Themen finden sich erste Beobachtungen bei J. L. De Los Mozos, im oben zitierten Beitrag; außerdem H. Gutierrez Sarmiento, *La tradición, o el cruce entre el derecho de obligaciones y el de cosas, de estirpe romanista, en el derecho colombiano*; und vor allem H. Hanisch Espindola, *La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 5, 1890, Valparaíso, p. 167 ff. = in *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano cit.*, p. 335 ff.

<sup>23</sup> Zu dieser Frage, die noch der näheren Klärung bedarf, siehe die Analysen von S. A. Meira, *Direito brasileiro e direito argentino. Códigos commercial e Civil. Influência do „Esboço“ de Teixeira de Freitas no projecto de Vélaz Sársfield*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 201 ff., sowie *Direito civil no Império do Brasil e sua projeção no início da República*, und schliesslich, im Rahmen der internationalen Tagung zum Thema *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cf. insbesondere A. Guzmán Brito, *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas* (im Druck).

d) Die Besonderheit der Geschichte der Unabhängigkeitsrevolutionen Lateinamerikas und der in ihnen vorgestellten institutionellen Lösungen impliziert zunächst die Anerkennung der Unabhängigkeit, aber darüber hinaus gesehen natürlich von den Bezügen innerhalb Lateinamerikas, d. h. zu Brasilien<sup>24</sup> auch eine besondere Beachtung für bestimmte Aspekte der Institutionengeschichte Kontinental-Europas, sowie für in ihr herangereifte Modelle. Die Gegenüberstellung sollte ganz besonders vorsichtig angebahnt werden — und in diesem Sinn wurde sie auch angelegt —, unter anderem in Anbetracht der Probleme und Besonderheiten, auf die wir im Zusammenhang mit der Verwendung des „Modells“ des Nationalstaats hingewiesen haben. Was die Bürgerlichen Gesetzbücher anbelangt, folgt dieser Vergleich den beiden Hauptrichtungen der Bewegung zugunsten der Kodifizierung in Europa: der an den Code Napoléon gebundene Richtung und derjenigen, die ausgehend von der Historischen Schule und der deutschen Pandektistik beim BGB landet, wobei sie sich in manchen Bereichen auch mit dem ABGB auseinandersetzt. Für Italien wurde der überwiegende Erfolg des Prinzips der Nationalität festgestellt, der eng mit dem Drang nach einem liberal-bürgerlichen Verfassungsform zusammenhängt (wenn auch andere Ansätze nicht fehlen), und die unterschiedliche Ebene, auf der die bürgerliche Kodifizierung vorzuliegen scheint. Der von Napoleon im Rahmen eines revolutionären Modells, das reich an Bindungen zur römischen Antike war, eingeführte Bürgerliche Gesetzbuch wird in der Tat danach in den Staaten der Restauration mit nur leichten Veränderungen neu vorgebracht und wird schließlich nochmals 1865 bei der „Vereinigung Italiens“ vorgeschlagen. Dies geschieht zwar im Rahmen einer nationalen Legislativ-Vereinigung, und doch immer in Anlehnung an die Tradition des römischen Rechts und des Gemeinrechts. Für Ungarn wird einerseits die Niederlage des Unabhängigkeitskrieges und des mit ihm zusammenhängenden Kodifizierungsprogramms des Jahres 1848 festgestellt, das auf den Bruch des Feudalsystems abzielte, außerdem die, im Namen des feudalen und bürgerlichen „Nationalwiderstands“ vertretene ablehnende Einstellung gegenüber der Anwendung des ABGB, die im Rahmen der Gesetzpolitik des Kaiserreichs Österreich vorgeschlagen wurde. Andererseits gilt es, den Einfluß der deutschen Lehre vom „gemeinen Recht“, der Historischen Schule hervorzuheben, die zur Berücksichtigung der Wirkung der „Volksgeisttheorie“ und jener pandektistischen Theorie des Privatrechts anregt, deren Beziehungen zur Entwicklung des Kapitalismus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herausgearbeitet werden.<sup>25</sup>

3.3. Der zuletzt erwähnte Vergleich ist zwar zur Zeit noch zu eng umgrenzt, hat aber eine erhebliche Bedeutung für die weitere Durchführung der

<sup>24</sup> Dieser Ansatz wurde für den Zeitraum vor der Unabhängigkeit insbesondere von J. L. De los Mozos untersucht in *Ideas sobre la propiedad en el Derecho indiano* für den Zeitraum vor der Unabhängigkeit, sowie von M. A. Laquis, *El derecho real de propiedad la posesion y los derechos reales en la obra de codificación*, in *Studi Sassaresi*, 5 cit., p. 395 ff (vom selben Autor siehe auch *Derechos reales*, I, Buenos Aires, 1975; II, 1979) für Argentinien, und C. A. Gonzales im schon zitierten Beitrag für Paraguay.

<sup>25</sup> Dieser Themeinkreis wurde insbesondere von G. B. Pene Vidari untersucht, in *Diritto romano, rivoluzioni per l'indipendenza e codificazioni del diritto in America Latina. Profili metodologici e comparatistici*; sowie von E. Pólay, *La Pandectistica y los esfuerzos para la codificación del derecho privado hasta el principio del siglo XX en Hungría* (vom selben Autor siehe auch schon *Einfluss der Pandektistik auf die ungarische Rechtswissenschaft*, in *Acta Jur. Ac. Sc. Hungaricae*, 19, 1977, p. 175 ff; *Ein Versuch zur Kodifizierung des ungarischen Erbrechts im 19. Jahrhundert*, in *Rechtsg. Ab.*, 6, 1974, Budapest).

Arbeit; und zwar nicht nur deshalb, weil er umfangreiche neue Fragen aufwirft, deren Besonderheit es zunächst einmal zu betonen gilt (allein das Datum der Kodifizierungen stellt schon einen wichtigen Hinweis dar); und weder allein deshalb, weil er eine Erscheinung von großem Ausmaß hervorhebt, wie es die „Pandektisierung“ der Rechtswissenschaft und die Anliegen, für die sie eine Antwort lieferte, sind. Sondern vor allem, um sich in der Gesamtzusammenstellung der Geschichte des ius-romanistischen Systems die komplexe Kohärenz und Offenheit seiner Rechtsschemata in den verschiedenen Zonen vor Augen zu halten. Die Geschichte solcher Kohärenz und Potenzialität kann nämlich m. E., wegen der sonst unvermeidlich sich einstellenden Verfälschungen, was ihren Blickpunkt und ihre Auslegung anbelangt, weder nur die Geschichte eines vermeintlich „zentralen“ Gebiets, noch diejenige der Beziehungen zwischen vermeintlich „peripheren“ Gebieten und einem solchen „zentralen“ Gebiet sein; im Gegenteil sollte eine solche Geschichte die Art und Weise selbst, in der verschiedene Gebiete ins System eingegliedert werden, ändern und das Verhältnis untersuchen, in dem sie zu einem Recht stehen, das in vielfältiger Weise jedem von ihnen eigen ist, sofern in ihm „sit aliquis iurisperitus per quem possit cottidie ius in melius produci“ „hominum causa“.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Bemerkungen zu diesem Fragenkomplex habe ich schon ausgeführt in *Diritto romano e diritto attuale (appunti sulla situazione italiana)*, in *Klio*, 61, 1979, p. 143 ff, insbesondere p. 152 ff. und 155 ff.

## **The Rationalization of the Registration of Housing Claims and Changes in Housing Economy in Hungary since 1980**

By the end of the 1970s the number of people waiting for housing allocation did not change<sup>1</sup> for decades in spite of the great efforts to improve housing conditions, on the contrary the number of claimers increased more and more quickly at the Housing Offices, especially in large cities. Opposed to this the housing problem did not seem so tense in the country, mainly in the villages and the non-privileged towns. The spontaneous selfhelp constructions adapted to needs show the housing problem more settled in the country than in cities. It is true they impose preterhuman efforts on the builders. It is so, even if we don't take the population drawing-effect of towns into consideration. The housing problem seems settled in towns where there is an excess of immigration.

Recent research has shown that the state "distribution" allocation system did not resolve the housing shortage in towns in its earlier form, and redistribution did not work out according to the accepted principles in this field either.<sup>2</sup>

It happened so, especially if the strongly subsidized council flats were not allocated to those who really needed them. And the inheritability of the council flats only reinforced the so created inequalities. The earlier division and the redistribution only made the proportion of this even worse and it established further contradictions. "Those who live in council flats of good quality get an enormous state support indirectly. The rent paid by these people do not cover the expenses of the simple reproduction of these flats, not even the costs of maintenance." All these facts are proved in numbers by the quoted author Zsuzsa Dániel.<sup>3</sup>

The practical term for this is different today, but the use of this notion is still very common. That is why it will reoccur in this study later, as well.

The Housing Offices were not capable of decreasing the number of claimers by themselves. At the end of the 70s a large number of claims were registered in proportion to allocations, though executives knew that the majority of these claims were only fictitious.

Let us see the number of claims by the end of the 70s. *Table 1.*

<sup>1</sup> János Komai: *The Shortage*. Közg. Kiadó, Bp. 1982.  
Housing shortage and rents p. 518—526.

<sup>2</sup> Zs. Dániel: Council flats, income, state redistribution. *Gazdaság*, 4/1982.

<sup>3</sup> *Ibid.*

The total number of registered claims in our<sup>4</sup> country (1973—1980)

| Year | Registered housing claims <sup>5</sup> |                           | The difference between the 1 <sup>st</sup> and the 2 <sup>nd</sup> column |
|------|--|---------------------------|---|
|      | On 1 <sup>st</sup> January             | 31 <sup>st</sup> December |   |
|      | 1.                                     | 2.                        |   |
| 1973 | 218,624                                | 240,991                   | + 22,367  |
| 1974 | 241,613                                | 283,812                   | + 42,119  |
| 1975 | 283,987                                | 326,453                   | + 42,466  |
| 1976 | 326,452                                | 340,074                   | + 13,622  |
| 1977 | 369,555                                | 396,282                   | + 26,727  |
| 1978 | 396,282                                | 413,210                   | + 16,928  |
| 1979 | 413,899                                | 432,523                   | + 18,624  |

So the number of claims kept on increasing year to year, decrease was never the case, though more and more people moved to new flats in this period.

### 1. The rationalization of the registration of housing claims

Under the above outlined circumstances came the series of measures of reform from 1980. The first thing was the obliged renewal of claims for the claimers.<sup>6</sup> This measure sorted the claimers, who had bought or built a flat in the meanwhile, or had moved from the particular city or considered their claim void for some other reason. Since claimers were neither interested in

Table 2.

The decrease of housing claims in different settlements at the 1981 renewal

| Settlement category | The number of housing claims |                               | Difference between the 1 <sup>st</sup> and 2 <sup>nd</sup> columns |
|---------------------|------------------------------|-------------------------------|--|
|                     | on 31 <sup>st</sup> December | on 31 <sup>st</sup> May, 1981 |  |
|                     | 1.                           | 2.                            |  |
| Budapest            | 185,845                      | 99,210                        | — 86,635   |
| County              | 85,421                       | 49,652                        | — 35,769   |
| Centers*            | 166,451                      | 104,563                       | — 62,251   |
| Total of country    | 437,717                      | 253,425                       | — 185,055  |

\* Miskolc, Debrecen, Szeged, Győr, Pécs.

<sup>4</sup> Source: Annual statistical issues of ÉVM (of the Ministry of Construction and Town Planning).

<sup>5</sup> The difference between the data between Dec. 31<sup>st</sup> and Jan. 1<sup>st</sup> derives from the fact, that the data at the end of the year are calculated of the September—October data. So the at the exact datum end of the year is the one published on Jan. 1<sup>st</sup>.

<sup>6</sup> The obligation claim renewal of was modified by decree No. 1018 (1971/II. 8.) ÉVM.

nor obliged to cancel their claims, they went on being registered further on. The closing-date of the renewal obligation was 31st May, 1981, and its regulation resulted in a great proportioned fall of the claim numbers. (See Table 2.)

The measures<sup>7</sup> of the obligatory claiming deposit payment drew the registration of claims even nearer to reality, remitting the determination of the deposit in the circumscription of the councils. Because of this there are great differences in the regulation in the particular settlements. The following data have been managed to be collected concerning this fact. (See Table 3.)

Table 3.

The amount of the claim deposit in cities and towns

| Area                            | Claim category |                                |                    |                          |
|---------------------------------|----------------|--------------------------------|--------------------|--------------------------|
|                                 | council flats  | flats sold by the town council | Savings Bank flats | nonsocial council flats* |
| Budapest and the county of Pest | 0 — 6,500      | 3,000 —<br>9,000               | 4,000 —<br>11,000  | 1,000 —<br>10,000        |
| Other towns                     | 0 — 5,000      | 8,000 —<br>15,000              | 10,000 —<br>15,000 | 10,000 —<br>15,000       |

\* This is a new category least subsidized by the government.

Some towns regulated the determination of the measure of the deposit summarily since they determined the due sums only for the categories of council flats and flats sold by the town council (cooperative housing) and Savings Bank flats, change flats and nonsocial council flats. Other councils made distinctions in the amount of the due deposit according to the number of rooms, quality, number of family members etc. within the above mentioned categories. This seems to complicate the registration superfluously. The few hundred forints, distinctions in the amount of the deposits serving housing economy purposes do not mean much for the budget nor for the claimers who have to or should mobilize tens of thousands forints also when paying the occupation charge at the time of allocation. So simpler regulation serves the purpose better, and it is not necessary to employ differentiation for social policies to the extent of several hundred forints.

The deposits have been collected by the National Savings Bank since the 1st January 1983, which meant a revenue of 927 million forints in the country till the 31st Dec. 1983. As an average 5,970 forints were paid on one account country-wide. The major part of payments took place till June 1983, 149,476 accounts were opened and 3092 ceased, the latter was so probably because of allocations.

One important factor in housing economy is also presented by the so-called youth savings deposit. The larger portion of these are paid mostly by

<sup>7</sup> The § 7 of decree No. 43/1982. (X. 7.) MT.

<sup>8</sup> The § 14 of decree No. 43/1982. (X. 7.) MT.

parents for their children in hope of obtaining a flat for them, since the present statutory restrictions assure no other reasonable possibilities for buying a flat or a house (one family may own only one flat or house and one weekend-house). This meant a sum — total of deposits of 6 billion 947 thousand forints on 31st December 1983 with 154 thousand depositors.<sup>9</sup>

The introduction of the claim deposits arouse another renewal obligation for the claimers, since only the housing claim of those remained valid who have paid the claim deposit. This meant further rationalization in the registration as well, for the reason, that only the claim of those remained 'alive' who were really in need of the so-called 'allocated' flats, or else they were not interested in investing their money here. The so inrolled money can serve as coverage of expenses in housing economy, too, for it can be utilized for further housing construction investments, and the building of public utilities and other purposes in connection with the housing economy.

The introduction of the claim deposit lowered the number of claims by 45<sup>0</sup>/<sub>0</sub> in the country (See Table 4.).

Table 4.

The number of claims after the introduction of the claim deposit  
in the different settlements

| Settlement<br>category | The number of housing claims      |       |                               |       | The number of<br>renewed claims<br>in percentage<br>of the claims<br>of the earlier<br>years<br>A/B |
|------------------------|-----------------------------------|-------|-------------------------------|-------|---|
|                        | 31 <sup>st</sup> December<br>1982 |       | 30 <sup>th</sup> June<br>1983 |       |   |
|                        | No A                              | %     | No B                          | %     |   |
| Budapest               | 108,469                           | 37.3  | 55,607                        | 34.8  | 51.2  |
| County                 | 56,024                            | 19.2  | 33,455                        | 20.9  | 59.7  |
| town                   | 126,319                           | 43.5  | 70,755                        | 44.3  | 56.0  |
| Other<br>settlements   |                                   |       |                               |       |   |
| Country<br>total       | 290,992                           | 100.0 | 158,817                       | 100.0 | 54.9  |

It is worth examining the result of the renewal procedure as a summary to see how the registered number of claims has changed in comparison with that of the starting point of 1st January 1981 (See Table 5.).

Altogether both renewal obligations decreased the existing number of claims to nearly one half at a certain period of time. The data of Table 5. also present proofs that the introduction of the claim deposit was undoubtedly reasonable for half a year after the renewal obligation a strong increase of claims started again. The renewal obligation because of the deposit decreased the number of council flat claims to half, even compared to the data of the already renewed ones and decreased that of the cooperative flats to three quarters. It was only the category of 'others' that decreased only to one third which is perhaps also a desirable fact since it contains mostly a self-help flat claim category and a claim category financed by government credits.

<sup>9</sup> These data derive from the annual statistics of the National Savings Bank.



Table 5.

The number of claims during the renewals in the different categories

| Claim category                                      | Point of time    |                     |                 |                    |                  |                    |                   |                    |                    |
|---|------------------|---------------------|-----------------|--------------------|------------------|--------------------|-------------------|--------------------|--------------------|
|   | 1st January 1981 |                     | 31st May** 1981 |                    | 1st January 1983 |                    | 30th June*** 1983 |                    |                    |
|   | No               | %                   | No              | %                  | No               | %                  | No                | %                  | %                  |
|   |                  | 1.1 1980<br>= 100%* |                 | 1.1 1981<br>= 100% |                  | 1.1 1982<br>= 100% |                   | 1.1 1983<br>= 100% | 1.1 1981<br>= 100% |
| Council flats                                       | 145,193          | 103                 | 96,679          | 66                 | 120,905          | 123                | 67,063            | 55.5               | 46,2               |
| Flats sold by the town councils (cooperative flats) | 199,600          | 99.9                | 94,398          | 47.3               | 104,747          | 101,5              | 30,251            | 28.9               | 15,2               |
| Others  | 92,614           | 100.9               |                 | 67.3               | 83,404           | 118,9              | 62,118            | 74.5               | 67,1               |
| Total   | 437,717          | 101.2               | 253,425         | 57.9               | 290,992          | 106,7              | 159,817           | 54.9               | 36,6               |

\* Compared to the given category and not to the total housing claims.

\*\* Deadline of the first renewal.

\*\*\* The second renewal because of the introduction of the obligatory deposit payment.

## 2. The number of housing claims in each claim categories

The above outlined measures for rationalization must appear in the change of the number of the claim categories; i.e. the center of interest ought to be shifted to the self-help housing categories and it ought to result the decrease of the subsidized categories (See Table 6,7,8).

Table 6.

The number of town council flat claims in the percentage of the total number of claimers

| Point of time  | The number of town council flat claims | The number of town council flat claims in the percentage of all claims |
|----------------|--|--|
|                | No                                     | %  |
| 1st Jan. 1973  | 80,660                                 | 36   |
| 1st Jan. 1974  | 82,987                                 | 34.3   |
| 1st Jan. 1975  | 95,121                                 | 33.5   |
| 1st Jan. 1976  | 103,703                                | 31.7   |
| 1st Jan. 1977  | 109,636                                | 29.7   |
| 1st Jan. 1978  | 115,559                                | 29.2   |
| 1st Jan. 1979  | 131,859                                | 31.8   |
| 1st Jan. 1980  | 141,042                                | 32.6   |
| 1st Jan. 1981  | 145,193                                | 33.5   |
| 31st May 1981  | 96,679                                 | 38   |
| 1st Jan. 1982  | 97,952                                 | 36   |
| 1st Jan. 1983  | 120,905                                | 41.5   |
| 30st June 1983 | 67,063                                 | 42.2   |

Table 7.

The number of claims for flats sold by the council (cooperative) in the percentage of all claimers

| Point of time  | The number of council sold flats | The number of council sold flats in the percentage of the total claims in the given year |
|----------------|----------------------------------|--|
|                |                                  |  |
| 1st Jan. 1973  | 118,648                          | 54.2   |
| 1st Jan. 1974  | 131,488                          | 54.2   |
| 1st Jan. 1975  | 149,157                          | 52.5   |
| 1st Jan. 1976  | 168,303                          | 51.6   |
| 1st Jan. 1977  | 191,854                          | 52   |
| 1st Jan. 1978  | 201,062                          | 50.7   |
| 1st Jan. 1979  | 198,586                          | 48   |
| 1st Jan. 1980  | 199,871                          | 46.2   |
| 1st Jan. 1981  | 199,600                          | 45.6   |
| 31st May 1981  | 94,398                           | 37.2   |
| 1st Jan. 1982  | 103,167                          | 37.7   |
| 1st Jan. 1983  | 104,747                          | 36   |
| 30st June 1983 | 30,251                           | 18.9   |

Table 8.

The number of claims in the other types of categories in percentage of all claimers

| Point of time  | The number of claims in 'other' types of categories |  | The number of claims in 'other' categories in the percentage of all claims in the given year |  |
|----------------|---|--|--|--|
|                | No  |  | %  |  |
| 1st Jan. 1973  | 19,316  |  | 8.8  |  |
| 1st Jan. 1974  | 27,138  |  | 11.2   |  |
| 1st Jan. 1975  | 39,709  |  | 14   |  |
| 1st Jan. 1976  | 54,446  |  | 16.7   |  |
| 1st Jan. 1977  | 68,068  |  | 18.4   |  |
| 1st Jan. 1978  | 79,661  |  | 20.1   |  |
| 1st Jan. 1979  | 83,454  |  | 20.2   |  |
| 1st Jan. 1980  | 91,791  |  | 21.2   |  |
| 1st May 1981   | 92,614  |  | 21.5   |  |
| 31st May 1981  | 62,348  |  | 24.6   |  |
| 1st Jan. 1982  | 70,123  |  | 24.7   |  |
| 1st June 1983  | 83,404  |  | 28.6   |  |
| 30st June 1983 | 62,118  |  | 38.9   |  |

So our starting proposition according to which the number of claims must be shifted toward the self-help claiming form, seems proved, since the claims for the self-help housing form show a linearly increasing tendency (which is unfortunately registered only in the 'other' types of categories). The council marketed (cooperative) claiming form however is withdrawing although it was the most preferred form for a long time. It is also true that the claimer who didn't deal with the deeper connections between the claims and distribution, claimed for cooperative flats because this was the category most claimed for by others, too. The lots of advice given to one another spreading as a folk-custom, the extreme support given to the cooperative flats and the hope for getting a flat within a short period of time perhaps the allocation plans of the councils suggested it as well also inspired people to hand in their claims for this waiting-list.

The more intensive building of more self-financed National Savings Bank (NSB) flats financed by state credits and the fact that more flats were planned to be allocated in this category encouraged claimers estimating chances more relevantly to apply for getting onto this list. The everyday experiences also proved that the opportunity of getting a flat is quicker for those who claim for NSB flats. It is a fact that the owner is granted great credits from the state, but this type of claiming in the so-called allocation system requires the highest private invest and the monthly repayment also bind salaries to a great extent (in one-person households it can reach 40%). Even people with low salaries enrol on this list, who otherwise, would be entitled to council flats, they incur great debts in hope of acquiring flats more quickly. The changes are already reflected in the council allocation projects as well, planning to present a growing number of flats for NSB allocations.

Hardly any allocations are planned for allocation in the housing distribution projects from the already built new flats on the council tenement budget, since the allocation of these latter types are wished to be solved by revolving the existing state flats, and substitute them by the allocation of temporary stateowned one-room flatlets.\*

It is interesting to note the rise of claims for council flats. This is against our starting proposition. So the number of claims is rising on the two ends. However this fact already raises a social problem, i.e. it is hard to explain why more and more people wish to move into "highly subsidized" flats. This requires further investigation and conclusions must be drawn at later rationalising measurements. The number of council flat claimers is increasing in spite of the fact that the rise in rents<sup>10</sup> which are aimed to get closer to the real operation, maintenance and renovation costs, is already well known by the claimers.

It is worth examining the conditions of claimers according to the number of family members closely with the claimers registered at the time of the two renewals since that seems the most realistic registration. On 31st May 1981 40% of all claimers are young married couples with equable dispersion:

|                    |       |
|--------------------|-------|
| council flats:     | 40.7% |
| cooperative flats: | 45.4% |
| other types        | 43.6% |

The equality is caused by the fact that the category of young married couples is the most advantageous layer at the allocation in all claimforms.

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| Single people                     | 22.7% |
| Families with two members         | 21.5% |
| Families with three members       | 31.1% |
| Families with four members        | 20.5% |
| Families with five members        | 3.4%  |
| Families with six or more members | 0.9%  |

of all claimers.

On 30th June 1983 42% of all claimers are young married couples.

The breakdown of all claims by the numbers of family members

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| Single                            | 28.1% |
| Families with two members         | 25.6% |
| Families with three members       | 26.5% |
| Families with four members        | 16.3% |
| Families with five members        | 2.3%  |
| Families with six or more members | 0.8%  |

of all claimers.

The different temporary allocations have not been noted on yet.

The number of these increased mostly at the end of the 70s by the introduction of the different blocks of flatlets and it has risen since the 80s as well by the introduction of new possibilities. (E.g.: Temporary allocations in provisional flat especially in case of needy people till the time they can get on the name list whose decision lies within the competence of the Social Boards.

\* Where the claimer is able to save up.

<sup>10</sup> The decree No. 45/1982. (X. 7.) MT on rents of flats and rents of beds, and the decree No. 19/1982. (X. 7.) EVM for the execution of the above mentioned decree.

### 3. The trend of allocations and housing investments in the 80s

The effect of the rationalization process can be well observed in the trend of allocation proportions. The proportion of allocations in rising compared to total number of allocation is decreasing (See Table 9.).

Table 9.

The number of allocations compared to all claims

| Point of time | No of allocations | Proportion to all claimers % |
|---------------|-------------------|------------------------------|
| 1980          | 62,213            | 14.2*                        |
| 1981          | 43,012            | 11 * 18.9**                  |
| 1982          | 58,865            | 21.6*                        |

\* The number of allocations in the given year compared to the number of claimers registered on 1<sup>st</sup> January.

\*\* Compared to the number of registered claimers on 31<sup>st</sup> May, 1981.

The question is complicated because a certain part of allocations is given to some people who are not included in the waiting-list. In 1981 36.7%, in 1982 47.2% of all allocations. This number will grow in the future also as a consequence of the operation of the established Flat Exchange Departments.

Construction of flats has shown a decreasing tendency since 1975 (the finishing year of the 15 years program aiming at the ceasing of housing shortage) (See Table 10.).

Table 10.

The construction of flats in the different settlements<sup>11</sup>

| Settlement  | Year   |        |        |        |
|-------------|--------|--------|--------|--------|
|             | 1975   | 1980   | 1981   | 1982   |
| Budapest    | 19,916 | 16,908 | 16,938 | 16,848 |
| Other towns | 41,910 | 40,618 | 32,290 | 32,124 |
| Villages    | 32,762 | 31,539 | 27,747 | 26,548 |
| Total       | 99,588 | 89,065 | 79,975 | 75,556 |

The decrease is more significant in the case of the state financed flat buildings (see Table 11.).

The most significant decrease can be seen with the cooperative flat building category, similarly to the number of claims. However there is a significant fall in the construction of council flats as well. The construction of these types could be replaced by the greater flat exchange opportunities and by the quickening of renovations.

<sup>11</sup> These data derive from the Statistical Year-books.

Table 11.

## The construction of flats financed by the state

| Category              | Year   |        |        |        |
|-----------------------|--------|--------|--------|--------|
|                       | 1975   | 1980   | 1981   | 1982   |
| Town council flats    | 16,916 | 18,097 | 13,037 | 11,638 |
| Flats sold            |        |        |        |        |
| by the council        | 17,321 | 9,508  | 7,301  | 5,660  |
| Others financed       |        |        |        |        |
| by the state          | 3,720  | 2,732  | 2,434  | 1,794  |
| Financed by the state | 37,957 | 30,337 | 22,772 | 19,092 |

The number of self-help housing constructions is increasing (see Table 12.) in certain categories against the construction of flat subsidized by the state.

Table 12.

## The number of self-help housing constructions

| Category                                       | Year   |        |        |        |
|--|--------|--------|--------|--------|
|  | 1975   | 1980   | 1981   | 1982   |
| In the investment of the National Savings Bank | 13,892 | 16,248 | 14,985 | 18,044 |
| Financed by the state by NSB credit            | 36,708 | 37,342 | 37,468 | 36,707 |
| Without government (NSB) credits               | 11,031 | 5,138  | 1,750  | 1,713  |
| Self-help housing construction                 |        |        |        |        |
| Total  | 61,631 | 58,728 | 54,203 | 56,464 |

So the number of housing constructions in the investment of the National Savings Bank and with NSB credits has increased, and the number of dwellings built without NSB credit absolutely decreased. The number of government and self-help construction is the following (see Table 13.) in the country.

Table 13.

The number of government and self-help constructions in the percentages of total constructions

| The category<br>of finance    | Point of time |      |      |      |
|-------------------------------|---------------|------|------|------|
|                               | 1975          | 1980 | 1981 | 1982 |
| 1. Total state<br>investments | 38.1          | 34.1 | 29.6 | 25.2 |
| 2. Self-help<br>housing total | 61.9          | 65.9 | 70.4 | 74.7 |

So the difference between the two subsidized categories is becoming greater and greater. In 1980 63.2% of all dwellings were owned privately, 6.1% were private flats in collective buildings and 5.1 were housing cooperative flats. The other 25% were government council flats. However the local differences raise special difficulties since 57.8% of all flats in Budapest are council flats, while in other towns this number is only 30.7% and only 7.6% in other villages. There are special difficulties in the distribution of the running, maintaining and renovations costs of the council flats. It is sufficient to prove this by underlying the data in the activity of the Communal Management Enterprise (See Table 14.).

Table 14.

The costs spent on the renovation (repairing) of council flats compared to the inrolled house-rents

| Year                   | The amount spent<br>on repairing of<br>dwellings | The sum of the<br>inrolled rent |
|------------------------|--|---------------------------------|
|                        | in millions forints                              |                                 |
| 1970                   | 2,363  | 908                             |
| 1975                   | 3,607  | 2,987                           |
| 1980                   | 6,331  | 4,410                           |
| 1981                   | 7,298  | 4,549                           |
| 1982                   | 8,687  | 4,674                           |
| From this<br>(in 1982) |  |                                 |
| Budapest               | 5,363  | 2,792                           |
| Other towns            | 3,069  | 1,782                           |
| Villages               | 255  | 100                             |

These data also show that the maintenance of council flats cause what budget tension and it is how profitable to live in council flats for the tenants. This benefit however is not enjoyed by 3/4 of the population who live in private flats and their costs to be spent on their flat are a lot higher, i.e. they have to cover the expenses of running, maintenance, renovation, not to mention the costs of the construction. The average balance levelling would be advisable in the case of council flats. Especially at those social layers which are not in real need of this "high subvention"<sup>12</sup> but live in council flats.

There is another question to be mentioned in connection with this topic: the interest of the Building Industry in housing construction, as it has created great capacity for this. Generally nearly half of the flats built as a consequence of the settlement-like council housing programmes were constructed by Building Companies earlier.

30.2% (the major proportion) of their capacity is spent on dwelling and hotel-like constructions. The following question rises if self-help housing comes into foreground, what the Building Companies will do to make use of their existing building capacity (the same concerns the Designing Companies

<sup>12</sup> Zs. Dániel: op. cit.

"left" without orders) how they will meet the builders. The elaboration of this will be an important question of the future for the Building Industry and they also have to find the more rational ways of utilization of their capacity, as well.

#### 4. The rationalizing measures and their consequences

Further rationalizing measures must follow the so far introduced ones from now on with increased adaptability to the changing conditions. To mention some of the so far introduced ones:

(a) In the field on flat allocations

(1) More social interference must be assured in the housing allocations with the stronger cooperation of social board.<sup>13</sup>

(2) The greater distinction in the occupation fees, certain layers may pay raised fees from now on.

(3) The introduction of the category of non-social council flat claim form (for those who have flats already, but would like to live in council flats).

(4) "Key money" must be paid for those who move out from council flat.

(b) Reform measures for council flats.

(1) The increase of the mobility of people who live in council tenement flats and the rationalization of the mobility,<sup>14</sup> the creation of flat-exchange departments.

(2) The tenants should be made interested in renovation, maintenance, running.

(3) The gradual raise of rents to near the necessary expenses the rents raise by 14% from the 1st July every year, and they will reach the full amount in 1988.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Zs. Dániel: 'Just' and 'Unjust' Distribution of flats, Valóság, 4/1980.

<sup>14</sup> See: Tibor Liska: The conception of the trade of council flats. Valóság, 1/1969, Péter Mihály: Owner from a Tenant, Valóság, 2/1981; J. Dávid G.: Housing problems: the market and norms, Valóság 8/1981, J. Hegedüs—I. Tosics: The Housing Policy and the Housing market. Valóság, 7/1981.

<sup>15</sup> The rents of council flats.

| The rate of comfort                                     | The rent          |      |
|---|-------------------|------|
|   | old               | new* |
|   | Ft/m <sup>2</sup> |      |
| Self-contained flat with central heating                | 6.4               | 15   |
| The same with individual heating                        | 5.4               | 12   |
| Flat with running water (and lavatory but without bath) | 3.6               | 7.5  |
| Flat without any modern convenience                     | 2.4               | 4.5  |

At present the IKV takes 30% (the first half-year of 1984) of the new rents. IKV = Communal Management Enterprise.



(4) The new regulation of the marketability of the council flats.<sup>16</sup>

(c) In the field of housing constructions.

(1) In the investments our building industry and companies should make attempts at joining to the construction of family houses (e.g. made of concrete panels).

(2) Enterprises for the construction of flats in garret-spaces in larger cities, mainly by self-help invest.

(3) The better support of self-help constructions.

(d) In the field of Communal management.

(1) The attempts of the Council Communal Management Enterprises for rationalization (the formation of the community of occupants to handle the operation duties, the rents should be lowered for this, better cooperation with people living in council flats for the modernization and renovation of flats, collaboration in the organization of public works association, and the possible engagement in self-help housing constructions etc.).

(2) The possible participation of the claimers in the renovation and renewal of council flats (for those claimers who can afford it; this means an opportunity of obtaining a flat).

The enumeration of course is not full, rather exemplary. The full range collection of the rationalizing measures would require the writing of a special study. Practically the introduction of the new legal measures raises a lot of problems of law interpretation as well, their solution can be impaired by serious financial efforts even now for the citizens.

For this reason it would be necessary for the jurisprudence to devote more importance to the interpretation of legal measures, for the better help of practise, which sometimes explore in the darkness among the many new legal provisions, an because of the contradictory solutions are born, too.

New efforts have started for the better involvement of the population in housing economy. Among others, citizens are urged to strive after greater accumulation of dwelling costs in their savings. Because if it is possible to get a flat almost free as a state benefit, or if it is hopeless to obtain it by self-help finance, this kind of cost hardly appears in people, they spend on other things. But the budget is unable to cover housing expenses in this way. However it is not logical to exclude the most interested layer from the saving process. If it becomes attainable to get a flat by self-help finance, then in the savings, it will get to the first place to get a flat and it will take off great expenses from the budget, which can operate itself only inflexibly, in this field.

The quality of the obtained flats could get closer to the requirements, because nowadays if somebody gets a National Savings Bank flat allocation, they cannot interfere in which part of the town, which block, what floor, what exposure their flat should be.

So the people who have moved in new flats will be new claimers in the Housing Offices soon after the allocation, since the obtained flat doesn't meet their own ideas, not to mention human factors here (i.e. large families and friendship are broken up, the people moving in are placed in strange surroundings, their situation is made even more difficult by the fact that there are hardly any services in the new housing estates, the surroundings are

<sup>16</sup> The decree No. 52/1982. (X. 7.) MT on the modification of the government decree No. 32/1969. (IX. 30.) Korm. concerning the regulation of the alienation of the State house-property.

full of the sings of the constructions, there are no playgrounds, parks though the occupants are usually young families with small children.). The dimensions of the allocated flats meet only the basic conditions of existence.<sup>17</sup> There are no studies, hobby-rooms in them — but these are rather foreshadowing facts. So a lot of factors force us to change the so far created system of our housing economy, and to look for new ways.

The 15-year-old housing project with its distinguished 1 million 50 thousand built up flats in Europe, the complete cessation of the quantity shortage did not take place. New problems have risen and a good portion of the old ones remained.

The great demaging effect of the demolitions for reconstruction programmes queries the further development of housing estate constructions. This effect is presented by the damage of large quantities of dwellings, destroying the result of new constructions, and demolitions destroy values and a certain way of life for. That is one of the reasons why the construction of housing estates does not seem feasible. The 'Family houses with gardens' culture was a lot more useful way of dwelling for the economy than the new settlement-like construction where large 'nobody's' territories are produced and wasted, since the dwellers are not interested in the cultivation or taking care of the land. The economic calculations have shown that the settlement-like constructions cost much more in their today's form than the family house constructions, and their land exploitation is not very advantageous either, as one would think for the firts glance.<sup>18</sup>

So the started reform also raised questions about how to go on.<sup>19</sup> What should happen to the industrial capacity established for the construction of settlement-like housing estates, how the investment and distribution of council flats should work out in the future. Is it possible at all, to distribute flats justly, to settle the town and country subventional contradictions. The question of the income of citizens who will bear greater burdens from now on and the further increase of their opportunities and rights to interence in the housing economy also rise, just to grasp some of the accumulating questions. Solutions must be found to all these in the near future. An even more rationalized housing economy should be formed, which would be more adaptable to the economic conditions and the requirements of the citizens. The withdrawing factors should be studied more and avoided, so that the original purpose of the ceasing of quantity and quality housing shortage can be more accessible.

The stopping of quantity housing shortage may be a near purpose, but the surmounting of quality shortage is perhaps still just a hope, since the level of the requirements of a given era usually are more ahead to the reality generally here just as well. Hardly have we reached a certain level in the comforts and room-number of flats, a new purpose has risen worldwide, i.e. to establish more humane towns with even more philanthropical surroundings and dwelling.

<sup>17</sup> Judit Merei: Housing Estate Conception, Valóság, 10/1982.

<sup>18</sup> Szabolcs Szunyogh: Then-storey Village Valóság, 4/1983. János Dávid: The financial sources and conditions of the construction of self-help dwellings. Valóság 10/1970.

<sup>19</sup> 'What measures are needed to create a well-working housing economy system?'. Answers to an all-round inquiry. Társadalmi Szemle 11/1971. Zs. Dániel: Distribution of the income and flats, social inequality. P. Mihályi: The Outline of a Housing Reform. Both are from Valóság 2/1981. Molnárné, Júlia Venyige: Thoughts on the housing problems.

## Über die umfassende Neuregelung des Zivilverfahrens

1. In der Volksrepublik Ungarn wurde das sozialistische Staats- und Rechtssystem ausgebaut. Der Entwicklung und den Anforderungen der Gesellschaft entsprechend erneuert sich natürlich auch unser Recht, das sozialistische Rechtssystem wird zeitgemäß gestaltet. Es ist bekannt, dass unsere seit mehr als dreissig Jahren geltende Zivilprozessordnung, das Gesetz III. vom Jahre 1952, einer der grundlegenden Kodexe ist, welcher auf Erneuerung wartet und dessen umfassende Neuregelung begonnen hat. Organisiert durch das Justizministerium wurde eine ausgedehnte Vorbereitungsarbeit in die Wege geleitet. Zu diesem Zweck haben namhafte Juristen der Praxis und der Wissenschaft, einzeln und in Arbeitskommissionen *Fachmeinungen* und *Vorschläge* zum entstehenden Gesetz ausgearbeitet und der zur Vorbereitung des Gesetzes eingesetzten Hauptkommission unterbreitet.

### 2. Gründe der umfassenden Neuregelung

Als wesentlicher Grund für die Neuregelung muss die seit der Schaffung der Zivilprozessordnung (im weiteren: ZPO) stattgefundene *gesellschaftliche Entwicklung* betrachtet werden, denn jene Lebens- und Rechtsverhältnisse, die im Zivilverfahren entschieden werden, haben sich bedeutend verändert. Übrigens wurden seit dem Inkrafttreten des Gesetzes im Jahre 1952 vier bedeutendere Modifikationen vorgenommen u. zw. in den Jahre 1954, 1957, 1972 und 1979,<sup>1</sup> die ebenfalls Folgen der gesellschaftlichen Veränderungen waren.

2.1. Beim Zivilverfahren das sekundär nach dem materiellem Recht auftritt, *entstehen neue, spezifische Zivilverfahrens-Rechtsverhältnisse*. Das Verfahrensrecht hat dadurch — in seinem Verhältnis zum materiellen Recht als Inhalt, also neben *seinem formellen Charakter*, auch einen *eigenen Inhalt*. Dieser Inhalt bildet das durch das Verfahren geregelte gesellschaftliches Verhältnis. Das lenkt auch die Aufmerksamkeit auf den Umstand hin, dass in gewissen Fällen und auf gewissen Gebieten die *Wirkung der gesellschaftlichen Beziehungen* auf das Verfahrensrecht nicht nur indirekt, über das materielle Recht, sondern auch direkt möglich ist. Die direkte und indirekte gesellschaftliche Wirkung auf das Verfahrensrecht tritt jedoch meist in komplexer Form auf.

Die Novellen III und IV zur ZPO. sind gute Beispiele für die Wirkung von organisatorischen Änderungen im Justizwesen (Aufhebung der Wirt-

<sup>1</sup> Die vier Novellen zur ZPO: Gesetz VI (I) vom Jahre 1954, Ges. VIII (II) v. J. 1957. Gesetzesv. 26. v. J. 1972, Gesetzesv. 31 v. J. 1979.

schaftsarbitragen, organisatorische und Kompetenzänderungen im Zusammenhang mit den Arbeitsgerichten) auf das Verfahrensrecht. Die Abänderung des Zivilgesetzbuches (ZBG) vom Jahre 1977 übte ebenfalls eine Wirkung auf das Verfahrensrecht aus. Nicht gesprochen von *solchen materiell-rechtlichen Änderungen*, der Schaffung von Rechtsinstituten, wie zum Beispiel die staatliche Vorschusszahlung von Kindesunterhalt, die ein neues, spezielles Verfahren erforderten. Die Zunahme der Kontakte der Staatsbürger mit ihren Verwandten im Ausland verlangte nach neuen Einrichtungen und Abänderungen bei Nachlassverfahren. Neuerdings macht die Teilnahme einer neuen Organisations der Wirtschaftsführung, der wirtschaftlichen Arbeitsgemeinschaft an der Produktion und den Dienstleistungen, neuartige Lösungen bei Firmengerichtsverfahren notwendig.

Auch in der *Gerichtspraxis* konnten solche Erfahrungen gemacht werden, deren Nutzung bei der legalen Regelung begründet ist.

Schliesslich haben die im Laufe von dreissig Jahren vorgenommenen Abänderungen der ZPO notgedrungen die *Konzeption des Gesetzes*, seine Struktur berührt. Darum ist auch eine umfassende Überprüfung des Gesetzes nötig. Nur auf diese Weise kann durch die neue Regelung der *Wirksamkeit des Verfahrens* gedient werden, worauf wir noch zurückkommen.

### 3. Allgemeine Bemerkungen zur literarischen Diskussion

Die im Zusammenhang mit der Neuregelung des Zivilverfahrens in der Zeitschrift „Magyar Jog“ (Ungarisches Recht) bisher erschienenen Beiträge verdienen alle Anerkennung. Das ist übrigens eine der Erscheinungsformen unseres Demokratismus bei der Vorbereitung von Gesetzen.<sup>2</sup>

3.1. Es ist gut und richtig, wenn die Vorschlagsteller, die Diskussions Teilnehmer ihre allgemeinen oder sich auf Einzelheiten beziehenden Vorschläge und Meinungen mutig und weitreichend zum Ausdruck bringen. Es müssen das *ganze Einrichtungssystem und die Rechtsinstitutionen unseres Verfahrensrechtes durchdacht werden*. Das entspricht den Anforderungen der umfassenden Neuregelung. Dies soll jedoch nicht bedeuten, dass jede erprobte, oder im wesentlichen erprobte Einrichtung und Regeln in Frage gestellt werden soll. Ganz zu schweigen von der Tatsache, dass das Verwerfen einer Rechtseinrichtung, ihr Ausschalten aus dem Gesetz oder ihre Abänderung nur als Ergebnis einer gründlichen Überprüfung und Beweisführung vorgeschlagen werden kann. Mit besonderer Umsicht muss vorgegangen werden, wenn es sich um negative Vorschläge bezüglich neuer und im grossen Ganzen bewährter Einrichtungen der ZPO handelt.

3.2. *Einige Rechtseinrichtungen lebt sich in der Praxis nicht entsprechend*, zumindest nicht in der Weise, wie es im Rahmens der gegebenen Rechtsregeln möglich wäre. Die Gründe dafür entspringen oft Probleme der Arbeitsmethode. Die zahlreichen Faktoren welche die Wirksamkeit des Verfahrens beeinflussen sind ein Hinweis darauf, dass die verfahrensrechtlichen Regeln in engem Zusammenhang stehen mit den organisatorischen und arbeitsorganisatorischen Lösungen der Gerichte, mit den persönlichen und materiellen Bedingungen der Rechtspflege und mit dem Niveau der materiellen und technischen Entwicklung. Es wäre vorstellbar, dass die klassische Regelung unter den Verfahrensnormen keine arbeitsorganisatorischen, methodologischen Regeln duldet, dass ober das Leben eventuell deren Einführung

<sup>2</sup> In der Zeitschrift „Magyar Jog“ (Ungarisches Recht) erschienen in der Zeit zwischen der Nummer 4 vom April 1983 bis zur Nummer 4 1984 vierzehn Abhandlungen bzw. Artikel über die Neuregelung des Zivilverfahrens.

in das Verfahrensrecht fordert. (Z. B.: bei der Prozessleitung, bei der Protokollführung, bei der Beweisführung und bei der Verfassung von Beschlüssen.) In der Diskussion wurden diese Fragen wenig in Erwägung gezogen.

3.3. Ein beachtenswerter Mangel besteht darin, dass in den Vorbereitungs-materialien, in den Artikeln nicht einmal ein Hinweis enthalten ist auf andere verfahrensrechtliche Regeln und deren Regelungslösungen, zum Beispiel auf die Einrichtungen des Strafverfahrensrechtes oder des Verwaltungsverfahrens. Wiederholt befassen wir uns mit den Analogien und Verschiedenheiten der Verfahren der Gerichte. Die Lehre daraus müsste gezogen werden, indem man trachten müsste aus den *voneinander abweichenden verfahrensrechtlichen Verhältnissen (Rechtseinrichtungen) die gesellschaftlich nicht begründeten Abweichungen auszuschalten.*

3.4. In unserem Verfahrensrecht sind wichtige *Regelungsprinzipien* enthalten — einschliesslich der Verfahrensgrundprinzipien. Es erscheint angebracht diese im Laufe der Arbeit vor Augen zu halten, weil sie zur Lösung von bei den einzelnen Einrichtungen sich ergebenden Problemen, sowie zur Koordinierung von praktischen und prinzipiellen Ansichten beitragen können. Der *sozialistische Demokratismus* ist charakteristisch für unser Verfahrensrecht. Seine Entwicklung ist auch eine gesellschaftliche Forderung, ein rechtspolitisches Postulat. Die Geltendmachung des Demokratismus wird durch zahlreiche Verfügungen und Mittel auch in unserem Verfahrensrecht zum Ausdruck gebracht. In dieser Beziehung genügt auf folgenden hinzuweisen: das System der Schöffen- und Kollegialgerichtsbarkeit, die Unabhängigkeit der Richter, die Gleichberechtigung der Parteien, die Möglichkeit des Verfahrens ohne Rechtsvertreter, das freie Beweissystem, das unbegrenzte Berufungsrecht, weitreichende Kostenbegünstigung, das ganze Verfahren frei von Formalismus usw. Es ergibt sich die Frage, was zeigen die Erfahrungen auf diesem Gebiet. Während der Diskussion wurde argumentiert, dass man mit grösserer Entschiedenheit solchen Parteien gegenüber auftreten müsste, die ihre prozessualen Rechte missbrauchen. Damit kann man einverstanden sein, allerdings darf das nicht z. B. auf Kosten der demokratischen Züge unseres Verfahrensrechtes gehen.

4.1. *Über die Funktion des Zivilverfahrens.* In der sozialistischen ungarischen Gesellschaft sind in den letzten Jahren auf zahlreichen Gebieten, besonders im Wirtschaftsleben, neuartige Lösungen und Einrichtungen entstanden. Zum Grossteil sind sie von günstiger Wirkung, erreichen ihr Ziel und entwickeln sich in guter Richtung. Gleichzeitig kann aber in den Wirtschaftsbeziehungen in einzelnen Fällen nicht nur die Nichteinhaltung der Normen der redlichen Wirtschaftsführung, sondern auch das Auftreten von legal unzulässigen Bestrebungen festgestellt werden. In den Familien- und Vermögensbeziehungen, bei den Produktions- und Verteilungsverbindungen ist der Schutz der Rechte des Einzelnen und der wirtschaftenden Organisationen, die Erfüllung der Verpflichtungen bei uns nicht nur Sache von individuellem Interesse und Rechtsschutz, sondern ein Interesse von gesamtgesellschaftlichem Ausmass und eine Frage der Gesetzlichkeit.

Die *Wirkung der gesellschaftlichen Beziehungen* zeigt sich einerseits bei der *rechtlichen Regelung des Zivilverfahrens*. Andererseits wirkt sich die Forderung der Klärung der *gesellschaftlichen Wirklichkeit*, die *Berücksichtigung der gesellschaftlichen Beziehungen* bei der *Rechtsanwendung* aus. Das erfordert die Lösung des Konflikts, ausser des subjektiven Rechtsschutzes auch die Sicherung der Gesetzlichkeit im allgemeinen.

4.2. Aus diesem Grunde muss bei der *Neuregelung des Zivilverfahrensrechtes die Funktion und Wirksamkeit des Zivilverfahrens* erwähnt werden, da sie bei der Regelung in Betracht gezogen werden müssen. Die Funktion — im sozialwissenschaftlichen Sinn — ist eine Tätigkeit die zum Zwecke der Verwirklichung eines Aufgabenkreises durchgeführt wird. Die *Funktion des Zivilverfahrens* — gleichzeitig auch ihr Ziel — lässt sich nur aus der Funktion des Gerichts (aus seinem Aufgabenkreis und seiner Tätigkeit) bestimmen. Die Aufgaben des Gerichts werden auch bei der Zivilrechtspflege durch die Verfassung und das Gesetz über die Gerichte determiniert. Die *Tätigkeit* der Rechtspflege der Gerichte in Zivilrechtssachen wird durch das Zivilprozessverfahrensrecht und das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt. In den letztgenannten fällt dem Ziel des Verfahrens eine Rolle zu.

Das Zivilverfahren verfolgt zweierlei Ziele: das primäre Ziel, das *fallweise (individuelle) Ziel* besteht aus dem Schutz des subjektiven Rechts der Partei (Parteien), während das sekundäre oder *allgemeine (gesellschaftliche) Ziel* die Beseitigung der Verletzung der Gesetzmäßigkeit, die Sicherung derselben bezweckt. Diese Ziele greifen ineinander. Das *fallweise Ziel* des sozialistischen Zivilverfahrens besteht also in der Leistung von *Rechtsschutz* durch Entscheidung im gegebenen Rechtsstreit (Angelegenheit), das *allgemeine Ziel* in der *Durchsetzung der Gesetzmäßigkeit*, im Einklang mit der Rechtspolitik des Staates. Da das Verfahren sich auf dem Wege von Rechtsfällen geltend macht, ist das fallweise Ziel von primärer Bedeutung. Diese doppelte Zieltheorie steht im Einklang mit der Funktion des sozialistischen Rechts, mit dessen gesellschaftlicher Rolle.<sup>3</sup>

Die Akzeptierung dieses doppelten Ziels des Zivilverfahrens — wobei natürlich der subjektive Rechtsschutz an erster Stelle steht — ist darum bei der Kodifizierung wichtig, weil sie neben der *Beseitigung von Rechtsverletzungen* auch das *Bestreben zur Verbeugung* derselben, eine *gerechte Entscheidung* und eine die Gerechtigkeit ausdrückende Entscheidung, neben Anwendung der Rechtsfolgen des materiellen Rechtsfolgen des materiellen Rechts viel anderes bedeuten kann. So z. B. die Verfahrensprinzipien welche eine solche Entscheidung fördern, den Grad der prozessualen Tätigkeit von Parteien und Gericht beziehungsweise das Verhältnis zueinander, das Beweissystem, das System der verfahrensrechtlichen Rechtsfolgen, die Mithilfe von Gewissenswirkungen im Prozess, in gewissen Fällen die Signalisierungspflicht des Gericht usw.

5.1. *Gegenstand und Struktur des Zivilverfahrensgesetzes.* Der Beschluss über die umfassende Neuregelung des Zivilverfahrens gibt, wie schon die Benennung andeutet, Aufschluss über den *Gegenstand der Regelung*. Es handelt sich nicht nur um die Überprüfung des Prozessverfahrens sondern auch um die des aussergerichtlichen Verfahrens. Eine andere Frage ist die, ob das ganze Material in einem Kodex zusammengefasst werden kann. Um das beurteilen zu können, muss man von praktischen Standpunkten ausgehen. Meines Erachtens nach müssten *neben den Prozessverfahren die häufigsten aussergerichtlichen Verfahren in einem Gesetz (Kodex) zusammengefasst werden*. Ein *eigenes Gesetzbuch* würde die *notariellen Verfahren* enthalten. Für die Zusammenfassung der verschiedenen Regeln bezüglich der letztgenannten Verfahren *in einem Kodex* könnte der Justizminister ermächtigt werden.

<sup>3</sup> Zur Erörterung der Auffassung siehe Näheres bei: Jenő Szilbereky: *Funktion und Wirksamkeit des Zivilverfahrens*. Budapest, 1977. S. 382, S. 76.

Gleichzeitig und trotz seiner bedeutung und Häufigkeit müsste das *gerichtliche Vollzugsverfahren gesondert behandelt werden*. Das gerichtliche Vollzugsverfahren ist nämlich ein verhältnismässig neuer Rechtssatz (vom Jahre 1979) und mit ihren eigenen Vollzugsverfügungen sehr umfangreich. So würde das *Material des gegenwärtigen Gesetzes* modernisiert und durch die ausserstreitigen Gerichtsverfahren ergänzt, den praktischen Anforderungen gut entsprechen.

5.2. Die *Struktur des Gesetzes* ist von grosser Wichtigkeit, da sie eng mit dessen Inhalt zusammenhängt, diesen kräftigt oder schwächt, und durch Übersichtlichkeit und auch sonst die Geltendmachung der Verfügungen des Gesetzes fördert. Anlässlich der Neuregelung ist es unbedingt nötig die grundlegenden strukturellen Lösungen der ZPO beizubehalten, selbstverständlich abgesehen von den nötigen Abänderungen.

Das Prozessverfahrensgesetz bringt gegenwärtig die Konsequenzen der strukturellen Integrierung und Einheitlichkeit des Justizwesens gut zum Ausdruck und bringt sie auch auf praktischem Gebiet zur Geltung. In Zivilsachen, wirtschaftlichen Prozessen, in Arbeitsdiskussionen und in Angelegenheiten des Familienrechts — um nur die wichtigsten zu erwähnen — sind die *grundlegenden Verfahrensregeln einheitlich*. Die ausserordentlichen Verfahren bei aus spezifischen Rechtsverhältnissen entstandenen Rechtssachen sind, ihren Eigenheiten entsprechend differenziert und enthalten besondere Regeln. Die Differenziertheit der ausserordentlichen Verfahren ist ein klarer Hinweis darauf, dass sich unser Verfahrensrecht in erhöhter Masse den spezifischen gesellschaftlichen Verhältnissen anpasst.

Auch die Struktur des Teils über den *Zivilprozess* kann als *richtig* bezeichnet werden. Unter den *allgemeinen Bestimmungen* sollte man die Grundsätze gesondert behandeln. Es genügt die funktionellen Grundprinzipien ins Gesetz aufzunehmen. Im *zweiten Teil*, im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens, sollte der Vorbereitung der Verhandlung ein eigener Kapitel gewidmet werden. Darin würden die Regeln der Verhandlung und Beweisführung, sowie die Beschlüsse figurieren. Im *dritten Teil*, abweichend von der jetzigen Regelung, wäre es vom prinzipiellen und praktischen Standpunkt aus richtiger das zweitinstanzliche Verfahren zu regeln. Dieser würde auch die *Berufung* enthalten. Auf diese Weise würden die Verfahrensregeln zweiter Instanz in den Vordergrund treten und die Berufung, als praktisch wichtigstes ordentliches Rechtsmittel würde hier eingefügt werden. Das ausserordentliche Rechtsmittel, die *Wiederaufnahme des Verfahrens* und die den Charakter eines Rechtsmittels aufweisende, jedoch spezifische Rechtseinrichtung des *Kassationsantrags zur Wahrung der Gesetzlichkeit* würden in eigenen Kapiteln figurieren, weiterhin unter eigener Benennung. Bei den ausserordentlichen *streitigen und ausserstreitigen Verfahren* müsste, ihrer Bedeutung entsprechend, die Reihenfolge ausgearbeitet werden. Um nur ein Beispiel zu erwähnen; Scheidungs- und sonstige familienrechtliche Prozesse, Verwaltungsprozesse, Prozesse bezüglich Arbeitsfragen und Genossenschaftsmitgliedschaft, usw. Was die Regeln der *wirtschaftlichen Prozesse* betrifft, so scheinen die Argumente zutreffend zu sein, wonach diese, nach entsprechender Vereinfachung, in einem gesonderten Teil zusammenzufassen seien.

6. *Einige Fragen der Wirksamkeit des Verfahrens*. Wirksamkeit ist heutzutage auf allen Gebieten ein wichtiges Problem. Auch bei uns ist Effizienz ein fundamentales Problem, nicht nur im Wirtschaftsleben sondern auch hinsichtlich der Tätigkeit unserer Staatsorgane, unseres gesamten Einrichtungs-

systems. So ergibt sich auch die Frage der Wirksamkeit des Zivilverfahrens der Gerichte, d. h. das Erreichen der durch das Verfahren zu erzielen gewünschten Wirkung. Diese Wirkung wird durch das Ziel des Verfahrens ausgedrückt. Die Wirksamkeit des Verfahrens hängt also davon ab, in welchem Grade das Ziel, nun bereits als Wirkungsergebnis, (vollkommen, teilweise), auf welche Weise (rasch, langsam, mit dem nötigen oder darüber hinausgehenden Zeit- und Arbeitsaufwand), erreicht wird. Es ist offensichtlich, dass die wesentliche Frage der Wirksamkeit des Verfahrens das *Ergebnis* darstellt, das die Wirkung bedeutet, das *Erreichen des Ziels* des Verfahrens, doch stehen damit die *Art, der Weg, die Tätigkeit*, die verschiedenen, miteinander verbundenen Verfahrensphasen in engem Zusammenhang, die zum Resultat, zum *Erreichen des Zieles des Verfahrens* führen. Daraus folgt, dass die Wirksamkeit des Verfahrens zwei, miteinander organisch zusammenhängende *Seiten* hat, eine inhaltliche und eine methodische Seite. Beide sind von gleicher Bedeutung, als Wirksamkeitselemente kann keine ohne die andere bestehen.

Das *inhaltliche Problem* der Wirksamkeit des Verfahrens besteht also im *Erreichen des Ziels* des Verfahrens, beziehungsweise in der Verwirklichung seiner Funktion. Wenn das Verfahren sein Ziel verfehlt, keinen Rechtsschutz gewährte, die Gesetzlichkeit nicht sicherte (demzufolge auch seine Funktion nicht erfüllte), so kann man von einer Wirksamkeit des Verfahrens auch dann nicht reden, wenn es gegebenenfalls der Methode entsprechend, z. B. rasch abgewickelt wurde. Auch kann ein solches Verfahren nicht als wirksam bezeichnet werden, wenn es die Vorbeugung von Rechtsverletzungen nicht fördert oder wenn es keine entsprechende Bewusstseinswirkung ausübt.

Die methodologische Frage der Wirksamkeit betrifft die *Einfachheit und Schnelligkeit* des Verfahrens. Das bedeutet, dass das Verfahren mit einem nicht mehr als nötigen Zeit- und Arbeitsaufwand zum Erfolg führt, dass es sein Ziel erreicht. Das verlangsamte Verfahren kann — auch bei einwandfreier Verwirklichung des Ziels — dieses Ziel (erreichtes Resultat) gefährden, denn das Verfahren, das Ergebnis, die Entscheidung verlieren ihre Aktualität und es besteht dadurch die Gefahr der Wirkungslosigkeit. Ein übermässig rasches Verfahren wiederum kann übereilt und oberflächlich sein, die Entscheidung kann zu Unbegründetheit führen und so das Erreichen des Ziels des Verfahrens gefährden und auf diese Weise unwirksam werden.

Es wäre jedoch ein Irrtum zu glauben, dass diese methodologischen Fragen nichts anderes als *Probleme der Arbeitsmethode* sind. Zweifellos bedeuten sie auch solche Probleme (wie zum Beispiel das Vorbereitetsein des Richters, die Prozessleitung, usw.), es handelt sich jedoch hier um viel mehr. Namentlich darum, mit welchen Einrichtungen das Zivilprozessverfahrensrecht, welche Bedingungen das Recht für die Wirksamkeit des Zivilprozessverfahrens sichert, bezüglich der Methode. Wie ermöglicht es das Verfahrensrecht, dass der Richter (das Gericht) und die Parteien auf rationellste und einfachste Weise, in konzentrierter Form das Verfahren abwickeln.

Die Wirksamkeit des Verfahrens kann durch zahlreiche *sonstige Faktoren* beeinflusst werden (objektive Faktoren: gesellschaftliche Grenzen des Verfahrensrechtes, das Problem der Feststellung der Gerechtigkeit, die Arbeitsbedingungen der Richter, Kosten des Verfahrens usw.; subjektiver Faktor: Irrtum des Gerichts).

Uns interessiert hier in erster Linie mit welchen Rechtseinrichtungen und mit welcher legalen Regelung der Wirksamkeit von Inhalt und Methode



gedient werden kann. Die entsprechende Definition des zur inhaltlichen Seite gehörenden Verfahrensziels (Funktion) wurde bereits erwähnt. Auf der methodischen Seite der Wirksamkeit des Verfahrens stehen die *Einfachheit* und *Beschleunigung*. Es erscheint zweckmässig, einige diesbezügliche Fragen, Einrichtungen und Bestimmungen zu berühren. Für mehr gibt der Umfang dieses Artikels keine Möglichkeit. Solche Fragen sind: der *Prozessaufbau*, einschliesslich der *Vorbereitung der Verhandlung und des Rechtsmittelsystems*, ferner einige Bestimmungen zur *Vereinfachung und Beschleunigung* des Verfahrens.

7. *Der Prozessaufbau, die Vorbereitung der Verhandlung.* Bei uns ist der Prozess ein einheitlicher Vorgang der nicht in einen Prozessaufnahme — und einen meritorischen Verhandlungsabschnitt aufgeteilt ist, wodurch sich das Verfahren verlangsamt. Gleichzeitig ist die Vorbereitung der Verhandlung erforderlich. Das zergliedert nicht die einheitliche Struktur des Prozesses und soll neuartig ausgestaltet werden.

Im Zivilprozessverfahren ist bei der Vorbereitung der Verhandlung in Betracht zu ziehen, dass hier im allgemeinen kein vorhergehendes Material vorliegt, wie z. B. im Strafverfahren. Ausnahme bilden solche Prozessarten denen ein Vorverfahren vorangeht. Es ist heute unmöglich bei zusammengesetzten, komplizierteren Prozessen ohne Vorverfahren die Entscheidung in einer Verhandlung zu erwarten. Schon seinerzeit habe ich bezüglich gewisser Kategorien von Angelegenheiten den Gedanken einer *obligatorischen Verhandlungsvorbereitung* aufgeworfen. Bei Parteien die über Rechtsvertretung verfügen, müssten wegen mangelhafter Form, hauptsächlich wegen Fehlens der Bezeichnung von Beweisen, strenge Sanktionen eingeführt werden. Das Beilegen und Vorweisen von Dokumenten würde im Verlauf der Vorbereitung verbindlich sein. Die Parteien hätten das Recht sich auf die mangelhafte Vorbereitung zu berufen. Der mit der Vorbereitung der Verhandlung beauftragte Anerkennung oder Rechtsabtretung einen verurteilenden, beziehungsweise abweisenden Beschluss zu fassen, im Falle eines Vergleichs diesen gutzuheissen und unter entsprechenden Bedingungen das Prozessverfahren einzustellen. Bei der Vorbereitung ausserhalb der Verhandlung sollen also alle notwendigen Verfügungen möglich gemacht werden.

Im Verlauf der jetzigen Vorbereitungsarbeiten wurde ein fachmännisches Gutachten zusammengestellt, der auf ähnlichen Erwägungen beruht wie die oben Angeführten.

8. *Das Rechtsmittelsystem.* Eines der grundlegenden Probleme der Verfahrensrechte, so auch des Zivilprozessverfahrens bildet das *Rechtsmittelsystem*. Namentlich, ob das Verfahrensrecht Rechtsmittel in einer oder mehreren Instanzen ermöglicht und welche Wirkung das Rechtsmittel, beziehungsweise welche Kompetenz das Gericht hat bei welchem das Rechtsmittel eingelegt worden ist. Alle diese Umstände wirken sich auf den Inhalt des Prozesses aus, beeinflussen die rasche Abwicklung des Verfahrens und somit dessen Wirksamkeit.

Es muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass für die Mehrzahl der nicht sozialistischen europäischen Staaten eine überdifferenzierte Gerichtsorganisation, viel parallele Verfahren, aber vor allem das mehrstufige Rechtsmittelsystem charakteristisch ist. Für die meisten sozialistischen Länder ist das eininstanzliche Rechtsmittelsystem kennzeichnend. Das ist auch der Fall beim ungarischen Zivilverfahrensrecht. Im Verlauf der literarischen Diskussion hielten es Einige für zweckmässig innerhalb der gegenwärtigen

Gerichtsorganisation neben den zweistufigen Rechtsmitteln bei einem Teil der Angelegenheiten eine dreifache Beurteilung einzuführen. Bei der Diskussion reagierte ich auf diesen Vorschlag. Diesmal besteht keine Möglichkeit, die Argumente eingehend anzuführen. Das Wesentliche eines entsprechenden Rechtsmittelsystems liegt darin, dass die interessierte, durch das Urteil benachteiligte Partei *entsprechende Abhilfe* erhält und dass das System so einfach wie möglich sein soll. Eine der Grundbedingungen für die *Wirksamkeit des Verfahrens* ist seine *Einfachheit* und *Schnelle* und das ein instanzliche Rechtsmittelsystem dient zweifellos diesem Zweck. Das erfordert auch das beschleunigte moderne Leben. Das schliesst nicht aus, dass auch die zwei instanzliche Beurteilung genau und begründet sein soll. Unser gerichtliches eininstanzliches Rechtsmittelsystem entspricht den erwähnten Anforderungen. Gleichzeitig wird das ordentliche Rechtsmittel, die *Berufung* gut ergänzt durch die spezifische Einrichtung des *Kassationsantrages* zur *Wahrung der Gesetzlichkeit* und ist (einschliesslich der *Wiederaufnahme* des Verfahrens) geeignet, allfällige Fehler der Entscheidungen erster (zweiter) Instanz zu korrigieren. Die Erfahrungen der Rechtspflege während der drei letzten Jahrzehnte sind eine Bestätigung dafür.

9. *Einige sonstige Fragen.* Im Verlauf der Vorbereitungsarbeiten tauchte in interessanter Weise das Problem des Verhältnisses zwischen *prozessualer Aktivität der Parteien* einerseits und *des Gerichts* andererseits auf. Das Problem, besonders von der Seite der Parteien betrachtet, wurde während der Diskussion eingehend, neuartig und sehr beachtenswert behandelt.<sup>4</sup> Die Frage war schon in der Novelle III der ZPD aufgekommen. Die seither verflossene Zeit und auch die Debatte weist darauf hin, dass sich die Lage nicht sehr gebessert hat, einige Meinungen bezeugen sogar, dass seitens der strittigen Parteien verschleierte und spezifische Arten des Missbrauchs der Verfahrensrechte angewendet werden.<sup>5</sup> Meiner Meinung nach hängt die richtige Lösung der Frage von der richtigen Auffassung der diesbezüglichen Verfahrensgrundsätze, von der korrekten Gestaltung ihrer gegenseitigen Zusammenhänge und Verhältnisse ab, natürlich unter Berücksichtigung der bereits erwähnten Funktion des Verfahrens, seines zweifachen Ziels. Genauer betrachtet bedeutet das, dass die sozialistische Auffassung des Verfügungsprinzips bei uns im ZPO richtig zum Ausdruck kommt, aber auch mit dem richtig aufgefassten Verhandlungsprinzip zusammenhängt, mit der Verpflichtung der Prozessmateriallieferung sowohl seitens der Parteien wie auch seitens des Gerichts. Der Fehler liegt in der *Verschiebung der Proportionen*. Eine unbegründete Verminderung des Amtsbetriebes (Offizialbetrieb) kann ein eben solcher Fehler sein wie deren Überdimensionierung.

Bei der Neuregelung sind wir bestrebt, die gerichtliche Aktivität der Parteien zu erhöhen, Regeln zu schaffen, welche die Verwirklichung diese Bestreben fördern. Wenn wir jedoch zwecks Steigerung der Prozesskonzentration meiner Meinung nach begründet — resolutere Verfügungen treffen, dürfen wir zur gleichen Zeit den gegenwärtig bestehenden Offizialbetrieb, die Verfügungen die das Gericht von Amts wegen treffen kann, z. B. bei

<sup>4</sup> Benedek Szitás: Einige Fragen der prozessrechtlichen Selbständigkeit, Aktivität, Zusammenarbeit und Verantwortung. „Magyar Jog“ 1983 Nr. 8. Se. 729.

<sup>5</sup> István Novák: Der Verfügungsgrundsatz und die sachliche Zuständigkeit „Magyar Jog“ 1983 Nr. 11, S. 1018.

der Beweisaufnahme, nicht beschränken, da dies das Aufdecken der wahren Tatsachen verhindern würde.<sup>6</sup>

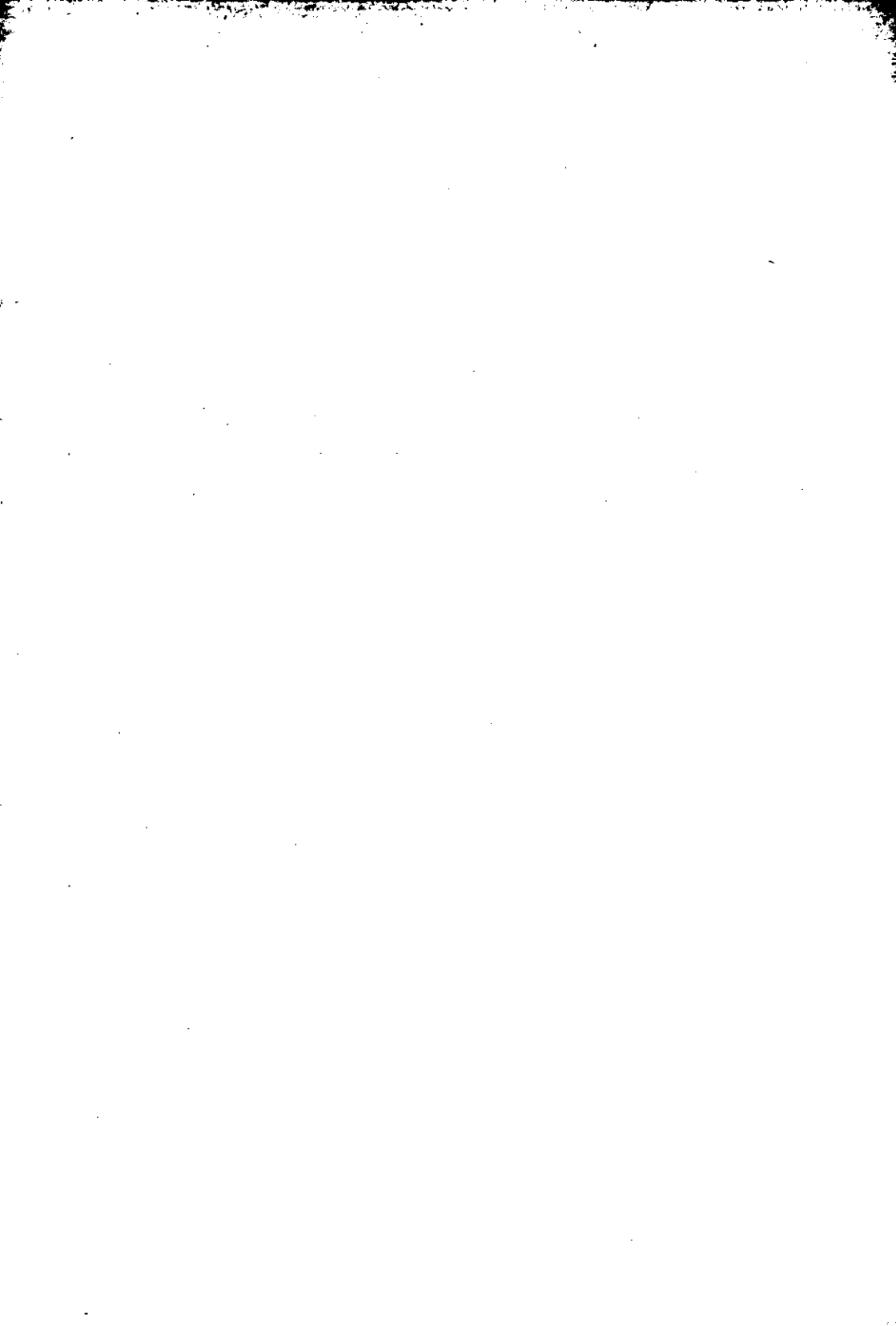
10. Als abschliessender Gedanke muss die Wichtigkeit der Feststellungen der *vergleichenden Verfahrenswissenschaft* erwähnt werden. Seit zumindest ein und einhalb Jahrzehnten spricht man in den Ländern Westeuropas über die Krise der Justizpflege und dabei auch über die des Zivilverfahrensrechtes. In Ländern die über so grosse verfahrensrechtliche Traditionen verfügen wie Italien, werfen die Wissenschaftler scharf die Frage der Rückständigkeit des Verfahrensrechtes und seine Probleme auf, anderswo kam es zur Reform des hundertjährigen Verfahrensrechts (BRD 1977), welche nicht in allen Belangen eine Lösung bot. Die im Jahre 1972 in Mexiko abgehaltene internationale Verfahrensrecht-Konferenz behandelte die Probleme der Justizpflege, des Zivilprozessrechts eines ganzen Kontinents.

In den *sozialistischen Ländern*, bedingt durch ihre gesellschaftlichen Verhältnisse, treten die organisatorischen und Verfahrensfragen der Justizpflege, das Problem der Wirksamkeit des Verfahrens aus anderen Gründen, auf andere Weise und mit anderem Charakter auf als in den nicht sozialistischen Ländern. Denn in den sozialistischen Verfahrensrechten — wie auch unser eigenes Beispiel beweist — besteht neben erfolgreichen Lösungen für zahlreiche Fragen auch die Forderung nach Modernisierung und Wirksamkeit. In mehreren Fällen wurden bei der Suche nach einer optimalen Lösung gemeinsame Bemühungen vorgenommen. (Z. B. die Internationale Konferenz für Zivilverfahrensrecht abgehalten 1974 in Warschau.) In der wichtigen Frage der Vereinfachung des Verfahrens und Verkürzung der Prozessdauer gibt es für die Nutzbarmachung internationales Erfahrungen in letzter Zeit auch in der heimischen Rechtsliteratur Beispiele.<sup>7</sup>

Eine internationale Übersicht von sozialistischen und nicht sozialistischen Erfahrungen kann daher bei der umfassenden Neuregelung unseres Zivilverfahrensrechtes nützlich sein. Ihre analytische Aufschliessung ist in erster Linie Aufgabe unserer Rechtswissenschaft.

<sup>6</sup> Siehe auch: W. J. Habscheid: Neue Tendenzen zur Konzentrierung des Zivilprozesses. „Jogtudományi Közlöny“ (Zeitschrift für Rechtswissenschaft) 1971. Nr. 1. S. 23—30.

<sup>7</sup> Siehe: László Gáspárdy: Zwei prozessrechtliche Reformen, abweichende Wege zur Verkürzung der Prozessdauer. „Jogtudományi Közlöny“, 1983. Nr. 11. S. 705—709.



## Die fortdauernde Geltung zweier Grundsätze des römischen Rechts in ungarischer Verwaltungsrechtsanwendung

Es gilt selbst unter den Pflegern der Rechtswissenschaften keinesfalls als rares Phänomen, dass unter „römischem Recht“ fast ausschliesslich das „römische Privatrecht“ (*ius privatum*) verstanden wird. Dabei *vermag das römische Zivilrecht — wenigstens anfangs die Lebensverhältnisse der römischen Bürger sowohl im Hinblick auf den Staat als auch auf die Mitbürger zu regeln.*<sup>1</sup>

Dieses „nationale Recht“ Roms erstreckte sich also über das dem *populus Romanus* eigene Umsatzrecht hinaus auf das römische öffentliche Recht (*ius publicum*), das römische Strafrecht, das mit dem römischen Privatrecht eng verbundene römische Prozessrecht, ja sogar auf das „*ius gentium*“, das in seiner ersten Erscheinungsform ein Inbegriff von Normen über die zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen Roms darstellte.<sup>2</sup> Also die Existenz des römischen öffentlichen Rechts einerseits und der römischen prozessualen Rechte andererseits kann eine kürzere Analyse des eingangs angekündigten Themas begründen, obzwar es als primärer Anlass zu unserem Aufsatz eben nicht angesehen wird.

Für die Aktualisierung des Problems spricht jedoch ein weitaus schlüssiger Grund und zwar die weit und breit bekannte These, dass *eine Anzahl von Rechtsinstitutionen sowie Grundsätze durch das klassische römische Recht bereits erarbeitet* und diese in der Folgezeit gar nicht oder aber *nicht nur im Bereiche des Privatrechts* rezipiert worden sind, vielmehr — ganz bis zu unserer Epoche — *auch in anderen Rechtszweigen*, etwa auch in unserem sozialistischen Staatsverwaltungsrecht — obwohl in abgewandelter Form und

<sup>1</sup> E. Pólay — (R. Brósz): *Römisches Recht. (Római jog.)* Budapest, 1984. S. 45. (im weiteren: Pólay: *Lehrbuch.*)

<sup>2</sup> Um den Vorwurf der schematischen „Rückprojektion“ der modernen Aufgliederung in den Rechtssystemen loszuwerden, sei noch erwähnt: a) obwohl die Bezeichnungen *ius publicum* und *ius privatum* bereits zur Zeit der ausgehenden Republik erschienen, gelangten sie jedoch als Kategorien der rechtssystematischen Gliederung lediglich am Anfang des Prinzipats eindeutig zur Anwendung, b) das römische Privatrecht bildete sich — merkwürdigerweise — zuerst als ein römisches Prozessualrecht heraus, mit der Formulierung von Professor Pólay: „Die Wiege des römischen Privatrechts war das Verfahrensrecht“, deshalb trennten sich „die Regeln des Gerichtsverfahrens nie vom Privatrecht“, c) da der Souveränitätsbegriff im Altertum unbekannt war, welcher für das Völkerrecht im modernen Sinne jedoch als erstes und massgebliches Kriterium gilt, kann das *ius gentium* als Völkerrecht im heutigen Sinne nicht betrachtet werden. Siehe: Pólay: a. a. O., S. 53., 62. und 101.

mit abweichender Auslegung — fortwährend zur Geltung kommen. Im Rahmen dieses kurzen Aufsatzes möchte ich — in ehrvoller und dankbarer Widmung meinem ehemaligen Professor und über 25 Jahre hindurch Kollegen in der Lehrtätigkeit — meine bescheidenen Gedanken über die Fortgeltung *zweier Grundsätze dieser Art aus dem römischen Recht* in unserer Rechtsanwendung des Verwaltungsrechts veröffentlichen.

Die beiden klassischen Grundsätze aus dem römischen Recht sind:

— das Billigkeitsprinzip, der Grundsatz der „*aequitas*“, d. h. des „*bonum et aequum*“,

— das Prinzip der Gutgläubigkeit, d. h. das „*bona fides*“-Prinzip, beziehungsweise der Grundsatz der „*actio bonae fidei*“.

## I.

1. Die Billigkeit (*aequitas*) ist ein typischer Rechtsgrundsatz, dessen Ursprung noch in den vorrömischen Zeiten zurückliegt, er findet seine volle Entfaltung und Ausbreitung erst im römischen Recht und dann, selbst nach Verlauf von beinahe 2000 Jahren, steht im Kreuzfeuer von Konfrontationen rechtsphilosophischer und rechtsdogmatischer Art und hat in der praktischen Rechtsanwendung *der modernen Rechtssysteme der Gegenwart* — einschliesslich der sozialistischen Rechtssysteme in verschiedenen Formen und mit dem verschiedensten Inhalt *seine Fortgeltung und Fortwirkung*. Es lohnt sich also, diesen historischen Werdegang des „*Aequitasbegriffs*“ kurz zu schildern und hinterher klarzustellen, wie er in der praktischen Rechtsanwendung des ungarischen Staatsverwaltungsrechts der Gegenwart zur Geltung kommt.

Es ist besonders angebracht, bei drei Abschnitten des längeren Entwicklungskurses (es mag dabei wohl noch eine viel grössere Anzahl derselben festgesetzt werden) kurz zu verweilen.

a) Die römische Rechtswissenschaft war bereits im zweiten Jahrhundert u. Z. bestrebt, die aus der politischen Ungleichheit der Bevölkerung herrührenden scharfen und ungleichen Normen des Warenumsatzes — vortrefflich auf die Einwirkungen der griechischen Philosophie hin — zu enthärten.<sup>3</sup> „Zu diesem Zwecke zeigte sich das *Aequitas-Prinzip*, das zunächst die allgemeine Bedeutung der Gerechtigkeit, beziehungsweise Gleichheit hatte, besonders geeignet.“<sup>4</sup>

Der Begriff rührt von der lateinischen Übersetzung „*bonum et aequum*“ des griechischen Ausdrucks von „*kalon kai dikaion*“ her, in welcher das *aequum* nach Cicero's Auslegung „dem gleichzusetzen ist, was jedem gerecht ist.“<sup>5</sup>

Dabei geht Celsus noch weiter: er gibt keine Begriffsbestimmung für das Recht, sondern dafür, was das Recht sein soll: „*ius est ars boni et aequi*“.<sup>6</sup>

Das *Aequitas* kam in der ersten Zeit — wie bereits erwähnt — der Gleichheit, beziehungsweise der Gerechtigkeit gleich. (In den späteren Zeiten wird sein Begriffsaspekt weitgehend erweitert.) Im philosophischen Sinne war das Recht als eine von der Natur gegebene normenschaffende Autorität be-

<sup>3</sup> Vor allem von Aristoteles. In Cicero's Werken ist die Wirkung der Lehren von Pythagoras und Empedokles nachweisbar.

<sup>4</sup> Pólay: a. a. O., S. 48.

<sup>5</sup> Cicero: „par, quod in omnes aequabile est“. De inventione. 2. 68.

<sup>6</sup> Ulp. Dig. I, I, I pr.

trachtet, die von höherem Wert ist und dem vom Menschen geschaffenen Recht vorausgeht.

Dieses „*Naturrecht*“ (*ius naturale*) ist mit der *aequitas*, nach den Juristen der klassischen Zeit jedoch mit der „*naturalis ratio*“ begründet. „In einem Sinne wird Recht genannt, was jederzeit richtig und billig ist, genauso, wie das *Naturrecht*.“<sup>7</sup> Das objektive Recht (*ius civile*) gilt demzufolge im Vergleiche zum *Naturrecht* als eine Rechtsnormenkategorie minderen Ranges. „Die *aequitas* stellt also eine dem Recht gleichgestellte Ausdrucksform dar und keinesfalls etwas, was demselben wesensfremd wäre.“<sup>8</sup>

Da das objektive Recht, nach Auffassung der Juristen der klassischen Epoche, dem *Naturrecht* jederzeit entspricht, konnte die *Aequitas* zu dieser Zeit noch keinen Ausgleich der Härte des objektiven Rechts, oder eine davon abweichende Milderungsnorm bedeuten. Der *Aequitas* gab lediglich die nachklassische Auffassung einen vom objektiven Recht abweichenden Sinn und führte es zur Härtemilderung hin. Bei Cicero heisst die *Aequitas* noch „*norma positiva*“ und zuerst bei Konstantin und nach ihm bei Justinian gilt es — unter anderen — als eine Milderung der Härte des Rechts.<sup>9</sup> Der Begriff der *Aequitas* (Billigkeit) hatte in den einzelnen Epochen der Entwicklung des römischen Rechts jederzeit einen anderen Sinn: anfänglich hatte man darunter die formelle Rechtsgleichheit der freien Bürger verstanden, in der weiteren Entwicklung wurde dann das nicht gesetzte Recht mit der Benennung billiges Recht (*ius aequum*) bezeichnet.<sup>10</sup>

b) In den Institutionen von Justinian figuriert die Billigkeit bereits in mehr als zwanzig verschiedenen Varianten und mit verschiedener Bedeutung. Darunter lauten — aus dem Gesichtspunkt unseres Themas — die wichtigsten wie folgt: *billig ist, was im Vergleich zum Wortlaut des Rechts vernünftig, im Gegensatz zum rechtmässig Urmenschlichen menschlich ist, was in Abweichung von den harten Normen des Rechts ein besonderes Wohlwollen gegenüber jenen, die dessen aus einem aussergewöhnlich dringenden Grunde bedürftig sind, walten lässt, was sich logischerweise selbst versteht, obwohl rechtlich nicht erfasst ist, was geeignet ist, die infolge unachtsamter Befolgung des Rechts erfolgte Beeinträchtigung des Sittlichen zu berichten*.<sup>11</sup> Am meisten stellte man die Billigkeit jedoch der *Gerechtigkeit gleich*. Die aufgezählten Sinnesvarianten wurden in der Literatur der römischen Rechtswissenschaft um drei grundlegenden Begriffe gruppiert, und zwar: um die *Humanität* (Menschlichkeit), die *Benignitas* (Wohlwollen) und das *ius aequum* (billiges Recht), das dem *ius strictum* gegenübergestellt wurde.<sup>12</sup>

c) Nicht kann die Vorzüglichkeit des römischen Rechts, insbesondere jene des römischen Privatrechts, sowie der römischen Rechtswissenschaft besser beweisen, als die Tatsache, dass es — als ein in seiner Einfachheit ausserordentlich grosszügig entwickeltes Weltrecht für den Warenumsatz im Altertum — dem Recht für den Warenaustausch einer höher entwickelten

<sup>7</sup> Dig. 1, 1, 11. Mit analysierender Methode: bei Pólay, E.: Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom. Budapest, 1964. S. 233—240.

<sup>8</sup> Kálmán Személyi: Römisches Recht. (Római jog.) I. Nyíregyháza, 1932. S. 8—9.

<sup>9</sup> Személyi: a. W., S. 9.

<sup>10</sup> Lajos Szamel: Die Gesetzlichkeit und Billigkeit in der sozialistischen Staatsverwaltung (A törvényesség és a méltányosság a szocialista államigazgatásban), Állam és Igazgatás, 1977, Heft 2, S. 115.

<sup>11</sup> Justinian: Inst. (Übersetzt von Gedeon Mészöly jr.), Budapest, 1939.

<sup>12</sup> Szamel: a. W. ebenda.

Produktionsweise, d. h. der kapitalistischen Gesellschaft zugrundegelegt wurde.<sup>13</sup>

Zahlreiche Rechtsinstitutionen und philosophische Grundkategorien des römischen Rechts gelten in den Rechtssystemen der neuesten Zeit fort und üben eine belebende Wirkung<sup>14</sup> aus.

Dafür ist es weitaus bezeichnend, dass das Verhältnis beider grundlegenden philosophischen Billigkeitskategorien, *Naturrecht* und *positives Rechts*, sowie die Beurteilung der Gerechtigkeit bis heute als ungelöste Probleme der modernen westlichen Rechtsphilosophie gelten, mag dies auf einem höheren Niveau, in etwa Komplizierterer Form und im Zusammenhang mit anderweitigen grundlegenden Kategorien rechtsphilosophischer Art vorkommen (z. B. in der Relation vom „Sein“ und „Sollen“).

ca) *Ein der grundlegenden Probleme der neuzeitlichen bürgerlichen Rechtsphilosophie (einschliesslich derselben unserer Tage) ist ebenfalls das Verhältnis des Naturrechts zum positiven Recht, und dementsprechend gehören auch die Rechtsphilosophen in zwei grosse Gruppen hin.*

In der Naturrechtslehre ist das Naturrecht die Vermutung der Existenz eines Rechtes, das „ein Inbegriff von Normen ist, die unabhängig von irgend einem positiven Rechte, ja sogar diesem entgegen auf eminente Weise zur Geltung kommen, und ihre Wirksamkeit nicht von einer willkürlichen Normensetzung ausgeborgt bekommen, sondern umgekehrt: sie legitimieren lediglich deren verbindlichen Inhalt. Es stellt also einen Inbegriff von Normen dar, die nicht durch die Autorität des legitimierten Gesetzgebers, sondern ausschliesslich durch ihre immanente Qualität legitimiert sind.“<sup>15</sup> Wie es aus dem Zitat ersichtlich ist, stellt die Naturrechtslehre die *Existenz des positiven Rechts nicht in Abrede, sie betrachtet es im Vergleich zum Naturrecht eben nur als sekundär*, mit der Hinzufügung, dass das positive Recht nur dann gültig und legitimiert ist, insoweit es dem Naturrecht entspricht.

Dies hat — nunmehr mit Bezug auf den Bereich des modernen Staatsverwaltungsrechts — weitgehende Folgen für die Beurteilung, beziehungsweise für die praktische Rechtsanwendung der Billigkeit. Diese philosophische Einstellung führte — neben sonstigen Überlegungen praktischer, zweckdienlicher und politischherrschaftsbedingter Art — zur „Legalisierung“ der auf „freiem Ermessen“ beruhenden diskretionären Rechtsanwendung in der Staatsverwaltung, beziehungsweise zur Anerkennung der Anwendbarkeit einer „*contra legem-Billigkeit*“. *In der positivischen Rechtslehre wird dagegen die Existenz des Naturrechts ausdrücklich in Abrede gestellt.*<sup>16</sup> Dementsprechend ist diese Lehre bestrebt, auch die Praxis der Billigkeit — in mehr oder weniger ungebundener oder bindender Form mit „Normen“ zu bestimmen.

cb) Was nunmehr die Frage der „Gerechtigkeit“, genauer: den Zusam-

<sup>13</sup> Pólay: Lehrbuch, S. 27.

<sup>14</sup> Hier handelt es sich vorwiegend um die Fortgeltung des justinianistischen Rechts, also eines Gebildes, das die Vollendung des römischen Rechts auf seinem höchsten Entwicklungsstand darstellt. Als ein Beweis für seine Vollständigkeit und seinen umfassenden Charakter gilt, dass es seine Wirkungsfähigkeit nicht einmal in den Gesellschaften von feudalen Produktionsverhältnissen, die sich zwischen die Sklavengesellschaft und die kapitalistische Gesellschaft einschalteten, eingebusst hatte, ja sogar *galt und wirkte es teilweise kontinuierlich fort*, teilweise zu neuem Leben erstanden, oder wurde in wiederum anderen Gebieten übernommen, d. h. *rezipiert*. Pólay: a. W., S. 86.

<sup>15</sup> M. Weber: Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen, 1922, S. 496.

<sup>16</sup> Vilmos Peschka: Die grundlegenden Probleme der modernen Rechtsphilosophie. (A modern jogfilozófia alapproblémái.) Budapest, 1972, S. 115.



menhang zwischen Gerechtigkeit und Recht anbelangt, gibt es beiden obererwähnten Tendenzen gemäss ebenfalls zwei Haupttendenzen und zwar: die *naturrechtliche* und die *positivistische* Auffassung der Gerechtigkeit. Das Wesen beider Auffassungen wird bei V. Peschka in einer äusserst geistreichen Paradoxie vereint: „*Die Gerechtigkeit ist mit dem Recht — das Recht der Gerechtigkeit identisch*. Die erste These bildet das Kernstück der positivistischen, die zweite dasselbe der naturrechtlichen Auffassung.“<sup>17</sup>

Und danach am angeführten Orte: „das wesentliche Element des Verhältnisses zwischen Recht und Gerechtigkeit liegt nach dem *rechtlichen Positivismus* darin, dass *der Gerechtigkeit das Recht zugrunde* liegt, die Naturrechtslehre ist dagegen der Auffassung, dass es eben umgekehrt ist: *das Recht fusst auf der Gerechtigkeit*.“ Noch einfacher konzipiert: nach der ersten Auffassung ist gerecht, was mit dem geltenden positiven Recht in Einklang steht, nach der zweiten Auffassung aber gilt als rechtmässig und gültig, was gerecht ist.

2. Die sozialistischen Rechtssysteme, darunter auch die einzelnen Rechtszweige, sind durch das Billigkeitsprinzip durch- und durchwoben. Da sich das Billigkeitsprinzip im römischen Privatrecht herausbildete, kommt seine besondere Bedeutung im Rahmen des sozialistischen Rechts — so auch des ungarischen Rechts — vortrefflich im Zivilrecht zum Vorschein ja sogar liegt geradezu die Billigkeit vielen Einrichtungen des ungarischen Zivilrechts (Privatrecht) zugrunde.<sup>18</sup>

Für das gesamte System der zivilrechtlichen Haftung bildet auch in unserem Lande die Billigkeit die Grundlage.<sup>19</sup> Doch auch das Strafrecht kann sie nicht entbehren, für welches sie als eine der Grundideen, die aufgrund der Individualisation zu verwirklichende angemessene Milderung bildet. Für uns sind dabei lediglich die verwaltungsrechtlichen Belange der Billigkeit von Interesse.

a) Das in Frage stehende Prinzip wird auch im ungarischen Staatsverwaltungsrecht weitgehend angewandt; ja sogar — wie es von L. Szamel in seinem oben zitierten Werke zutreffend hervorgehoben wird — sein Geltungsbereich im Vergleich zur Praxis des bürgerlichen Verwaltungsrechts bedeutend erweitert ist. Während das bürgerliche Verwaltungsrecht die Billigkeit fast ausschliesslich in Verwaltungsrechtsverhältnissen, die die Vermögensrechte und berechnete Interessen der Partei (z. B. Entschädigung aus öffentlichen Gründen betreffen),<sup>20</sup> im bedeutendener Masse zur Geltung kommen liess, ermöglicht das *ungarische sozialistische Staatsverwaltungsrecht in fast allen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen der Staatsverwaltung der Bürgern* (den Parteien) — beim Vorliegen später zu bestimmender Vorbedingungen — *eine billige Rechtsanwendung*.<sup>21</sup> Bevor wir aber zur Schilderung von Möglichkeiten, Formen und Sphären der praktischen Anwendung des Billigkeitsprinzips in der Rechtsfindung unserer Staatsverwaltung übergehen würden, haben wir die grundlegenden Prämissen der marxistischen Rechtstheorie, die

<sup>17</sup> Peschka: a. W., S. 211.

<sup>18</sup> Szamel: a. W., S. 116.

<sup>19</sup> Gyula Eörsi: Die grundlegenden Probleme der Verantwortung im Recht. (A jogi felelősség alapproblémái), Budapest, 1961, S. 388—446.

<sup>20</sup> Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, München—Berlin, 1966., S. 138—139.

<sup>21</sup> Beschluss des Präsidialrates der Ungarischen Volksrepublik Nr. 14/1973 über die rechtspolitischen Leitsätze der Rechtsanwendung, No. 23.

dieser Rechtsfindung zugrundeliegen, darzulegen. Diese grundlegenden Thesen der Rechtstheorie lauten wie folgt:

aa) *Das Naturrecht* — als eine über dem vom Staat gesetzten positiven Recht bestehende Kategorie höheren Ranges — gibt es nicht,<sup>22</sup> somit ist die dahingehende Auffassung des Billigkeitsprinzips ebenfalls von der Hand zu weisen, wonach es seine Daseinsberechtigung entgegen den Verfügungen des positiven Rechts und aufgrund von Postulaten des Naturrechts gewinnt.

ab) In enger Verbindung mit der vorigen These gelangt die marxistische Philosophie auch in der *Gerechtigkeitsfrage* zu einer anderen Konklusion als die Naturrechts- und die positivistische Lehre. Das wesentliche in dieser (marxistischen) Auffassung liegt darin, dass *eine ewige Gerechtigkeit des Rechtes* nicht existiert, die Gerechtigkeit lässt sich vielmehr jederzeit anhand *ihrer historisch bedingten Konkretisierung* beurteilen. Innerhalb derselben Gesellschaft und zu gleicher Zeit kann es — aus dem Gesichtspunkt der rechtlichen Beurteilung — lediglich eine einzige Beurteilung, *eine einzige Gerechtigkeit des Rechtes* geben. Dies wird in der marxistischen Rechtstheorie *Gerechtigkeitsmonismus im Rechte* genannt. „Im Sinne der *Gerechtigkeit des Rechtes* haben Rechtmässigkeit und Gerechtigkeit dieselbe Bedeutung und zwar: *gerecht ist, was rechtmässig ist, was dem Recht entspricht*. Im Falle der Gerechtigkeit des Rechtes gilt die *positive Rechtsnorm* als Mass, bzw. ein Kriterium für die Gerechtigkeit.“<sup>23</sup>

Die Schlussfolgerung kann auch in diesem Falle nicht anders gezogen werden, als dass es gegen die Verfügungen der geltenden positiven Rechtsnorm bei deren offensichtlicher Verletzung, selbst „im Namen der Gerechtigkeit des Rechtes“ keine Billigkeit walten lässt.

ac) Nach der Auffassung der sozialistischen Rechtslehre kann die Gerechtigkeit in breitem Sinne — infolge ihrer Pluralität — mit dem allgemein angenommenen Werturteil eines anderen gesellschaftlichen Normensystems (moralischer, ethischer Art usw.) über die Gerechtigkeit zusammenstossen; sie kann es mit Bezug auf die Zusammenhänge zwischen Billigkeit und Gerechtigkeit zwangsweise in diesem Sinne berücksichtigen, jedoch in *engem Einklang mit dem Grundsatz der sozialistischen Gesetzlichkeit*.

ad) *Die sozialistische Gesetzlichkeit* gilt als das massgebende und allen sonstigen Grundsätzen vorrangige *Grundprinzip* des sozialistischen Rechtssystems, in dem gewissermassen — ohne eine Gleichschaltung beider Begriffe — auch das sozialistische Gerechtigkeitsprinzip inbegriffen ist es besteht also ein bestimmter Zusammenhang zwischen den beiden Prinzipien. Aus den Gesagten folgt, dass die *Billigkeit zwischen den beiden, ihr vorrangigen Grundprinzipien: Gerechtigkeit und Gesetzlichkeit* — ein vermittelndes und

<sup>22</sup> Peschka: a. W., S. 109—110.

<sup>23</sup> Peschka: a. W., S. 213—223. Eine andere Frage ist — nach Auffassung der Verfasser —, dass die des Rechts ungeachtet abstrahierte Gerechtigkeit, aus gesamtsozialer Sicht, innerhalb einer einzigen Gesellschaft und zu gleicher Zeit — infolge der Heterogenität der sozialen Normen — verschiedentlich beurteilt werden kann, m. a. die Beurteilung derselben Verhaltnesweise aus moralischer und ethischer Hinsicht kann von der rechtlich vorgesehenen Gerechtigkeit abweichen — und dies liegt des öfters auch vor. Das ist die *(nicht rechtliche) Pluralität der Gerechtigkeit*. (A. a. O.) Folgerichtig kann der Schluss gezogen werden, dass die Gerechtigkeit des Rechtes — eben der Pluralität der Wahrheit zufolge — mit der Gerechtigkeit sonstiger sozialer Normen zusammenstossen kann.

zugleich korrekatives Grundprinzip ist, wie dies die eine Auffassung behauptet.<sup>24</sup>

b) Aufgrund der in kurzen Umrissen dargelegten Thesen der sozialistischen Rechtstheorie nehmen wir unsererseits — hinsichtlich des Billigkeitsprinzips — den folgenden Standpunkt ein:

ba) Wir nehmen die These an, wonach *die Billigkeit gegen das rechtssystembedingte und vorrangige Grundprinzip der Gesetzlichkeit nur als ein korrekativer Grundsatz dienen, aber im Falle der Verletzung der Gesetzlichkeit nicht angewendet werden kann.*

bb) Aus den Obengesagten ergibt sich logischerweise, dass *sich das Billigkeitsrecht nur soweit walten lässt, wenn dies durch das positive Recht zugelassen (oder geradazu als verbindlich engesehen) wird.* Meine Abhandlung stellt die Institutionalisierung der Billigkeit eine vorwiegend legislative Aufgabe dar.

Bei der rechtlichen Regelung der durch das Verwaltungswesen betroffenen — komplizierten, und vielfältigen — Lebensverhältnisse soll die positive Rechtsnorm in den Fällen, wo eine mildernde, billige Behandlung gegen die für den hypothetischen Tatbestand festzulegende allgemeine Regel — mit Rücksicht auf die persönlichen, Familien- und Vermögensverhältnisse usw. oder aber auf die besondere, nachteilige Stellung des Bürgers — angebracht sein mag, dazu die Möglichkeit geben oder soll sie eine günstigere Entscheidung gegen die allgemeine Regel geradezu zwingend vorschreiben. Auf diese Weise kann „die Milderung gegen die Härte des Rechts“, das *besondere Wohlwollen* zugunsten denjenigen, die dessen aus irgendeinem besonderen Grunde bedürftig sind, gewährt werden.

Und auf dieser Weise kann auch den Anforderungen und Zumutungen der sozialistischen Auffassung von *Gerechtigkeit und Humanität* Genüge geleistet werden.

bc) Lässt sich der Sachverhalt der in Frage stehenden Angelegenheit mit völliger Gewissheit nicht klären, oder kann er nur glaubhaft gemacht werden, oder können keine Beweisstücke bezüglich eines Tatbestandselementes herbeigeschafft werden, so hat der Rechtsanwender — im Zeichen der Billigkeit — den Grundsatz *in dubio melius* geltend machen.<sup>25</sup>

bd) Gewährt eine das in Frage stehende Lebensverhältnis sanktionierende Rechtsnorm dem rechtsanwendenden Verwaltungsorgan das diskretionäre Recht des freien Ermessens — wir werden hinterher noch darauf eingehen —, so hat dasselbe in Härtefällen die *für die Partei günstigere Entscheidung* zu treffen.

3. Zum Schluss steht uns noch die durch das gesetzte ungarische Recht begründete Rechtsanwendungspraxis bevor.

a) Die Analyse des ungarischen sozialistischen Verwaltungsrechts ergibt zwei Formen der Billigkeit u. z.: die *legislative Billigkeit* und die *Billigkeit in der Rechtsanwendung*.<sup>26</sup>

aa) Eine *legislative Billigkeit* liegt vor, wenn die Rechtsbestimmung selbst sogenannte *Billigkeitsgründe* (z. B. nachteilige soziale Lage, verschlechterter Körperzustand, Alter, die Folgen einer Naturkatastrophe, ein besonderes

<sup>24</sup> Imre Szabó: Die Billigkeit im sozialistischen Recht. (Méltányosság a szocialista jogban.) Jogtudományi Közlöny, 1970. Heft 4—5.

<sup>25</sup> Szamel: a. W., S. 120—121.

<sup>26</sup> Imre Iváncsics: Billigkeit in der Staatsverwaltung. (Méltányosság az államigazgatásban), Állam és Igazgatás, 1961. Heft 8.

Verdienst — und man könnte noch die Aufzählung) in die Länge ziehen gegen die allgemeine Gestaltungsbestimmung des hypothetischen Tatbestandes vorzieht und für das Vorliegen dieser Gründe eine im Vergleich zur allgemeinen Bestimmung günstigere und mildere Behandlung des Falles zwingend anordnet. In diesen Härtefällen darf der Rechtsanwender nicht frei ermessen: er hat die durch die Rechtsnorm vorgesehene billige Entscheidung zu treffen.

ab) Als *Billigkeit im Zuge der Rechtsanwendung* wird der — im Vergleich zum vorerwähnten viel häufigere — Fall im ungarischen Fachschrifttum betrachtet, wenn die rechtsanwendende Stelle durch die Rechtsnorm zur Abweichung von der Vorschrift zugunsten der Partei berechtigt (aber nicht verpflichtet) wird. Dies kann unter Festsetzung besonderer Härteausgleichsbedingungen oder „billigkeitshalber“, ohne Bestimmung solcher Gründe, bzw. mit den Formeln „aus aussergewöhnlicher Nachsicht“, „aus besonders zu berücksichtigenden Gründen“, erfolgen, das heisst, der Geltungsbereich und die konkreten Gründe der Ermächtigung werden vom Gesetzgeber nicht bestimmt.<sup>27</sup>

ac) Ein spezifischer Fall des Härteausgleichs ist, wenn die Rechtsbestimmung dem Rechtsanwender ein *diskretionäres Recht* (kein freies Ermessen) gewährt. Dies erscheint seitens der Rechtssetzung in der Form von Rahmenvorschriften oder sog. *alternativen* Vorschriften (in Versehung von mehreren Entscheidungsmöglichkeiten für einen bestimmten Fall (oder aber in *Begriffsbestimmungen, die keinen festen rechtlichen Inhalt haben* (öffentliches Interesse, Gemeingefahr, volkswirtschaftliches Interesse usw.).

Das freie Ermessen ist der Billigkeit soweit nicht gleichzusetzen, dass eine von der allgemeinen abweichende Behandlung auch erschwerend möglich ist. Hat der Rechtsanwender eine Abweichung „aus Billigkeitsgründen“ durch Milderung vor, so nimmt er bereits das *Billigkeitsrecht wahr*.

b) Schliesslich sei noch die Frage der sog. „*contra legem*“ — *Billigkeit* kurz behandelt. Im ungarischen Schrifttum entfachte sich Mitte der siebziger Jahre eine weit und breit verzweigte Debatte über eine Erweiterung des Billigkeitsrechts, infolge deren es — sogar gegen eine strikte Rechtsbestimmung — angewandt werden könnte.<sup>28</sup>

Die „prinzipielle“ Begründung hierfür hat die Formulierung des bereits erwähnten Beschlusses des Präsidialrates der Volksrepublik (NET) Nr. 14/1973, geliefert, wonach: „Die Staatsverwaltungsorgane haben bei ihrer Beschlussfassung die Gesetzlichkeit einzuhalten, die sozialen Umstände, sowie die Anforderungen der individuellen Beurteilung zu berücksichtigen, ferner, soweit Härtefälle vorliegen, billig vorzugehen.“<sup>29</sup>

Vorwiegend die Praxis der Staatsverwaltung war bestrebt, den angeführten Passus — aus weitaus praktischen Überlegungen — derart auszule-

<sup>27</sup> Szamel: a. W., S. 122.

<sup>28</sup> József Varga: Die rechtspolitischen Leitsätze der Rechtsanwendung in der Staatsverwaltung. (Az államigazgatási jogalkalmazás jogpolitikai irányelvei.) Állam és Igazgatás, 1973, Heft 8. Zsigmond Papp: Einzelne Fragen der Billigkeit. (A méltányosság egyes kérdései.) Állam és Igazgatás, 1975, Heft 12. Géza Kilényi: Die Billigkeitsproblematik im Staatsverwaltungsverfahren. (A méltányosság problémája az államigazgatási eljárásban.) Manuskript einer wissenschaftlichen Vorlesung. 1979. András Holló: „Contra legem“-Billigkeit oder billige Gesetzlichkeit? („Contra legem“ méltányosság vagy méltányos törvényesség?) Jogtudományi Közlöny, 1981, Heft 11 und noch anderen.

<sup>29</sup> Eine Hervorhebung von mir, Szücs.

gen, wonach er der Staatsverwaltung eine generelle Ermächtigung zur Billigkeit selbst „contra legem“ gewährt.

Die Diskussion wurde schliesslich erst Anfang der achtziger Jahre abgeschlossen. Der abschliessende Akkord lautet: „eine Billigkeit contra legem“ kann in der Rechtsanwendung der sozialistischen Staatsverwaltung nicht angenommen werden, da dies ein Verstoss gegen die allen anderen Grundsätzen der Rechtsanwendung vorrangige Anforderung der sozialistischen Gesetzlichkeit wäre und in der Praxis zur Brutstätte von Missbräuchen, Korruption und Protektionalismus werden könnte. Gleichzeitig muss man bestrebt sein, den Geltungsbereich der Billigkeit bedeutend zu erweitern und zwar einerseits in der Form einer von der Gesetzgebung zu gewährenden Billigkeit, andererseits der Billigkeit des Rechtsanwenders, wobei die Voraussetzungen der Anwendung der Billigkeit mit der möglicherweise grössten Genauigkeit festzulegen sind.<sup>30</sup>

## II.

Der Grundsatz von „bona fides“, oder, in Wortzusammensetzungen, von „... bonae fidei“ ist ebenfalls in den frühesten Zeiten herausgebildet worden und galt als grundlegendes Prinzip des römischen Rechts, welches zahlreiche Einrichtungen des Privatrechts durchwob.

Selbstverständlich wird von der Darstellung seiner Geltung in den einzelnen Rechtsgeschäften (Verträge, Ersitzung, Pfandrecht, Verantwortung des Vormunds und des Verwalters usw.) Anstand genommen, da dies in Anbetracht unseres Themas uninteressant ist. Hierbei lenken wir unsere Aufmerksamkeit lediglich auf zwei grundlegende *materiellrechtliche und prozessrechtliche (verfahrensrechtliche)* Belange desselben und untersuchen, wie dieser Grundsatz — obwohl mit weitgehenden begriffsmässigen Umwandlungen und in einer von den klassischen Formen abweichenden Form — in der Rechtsanwendungspraxis der ungarischen sozialistischen Staatsverwaltung auch heute noch fortlebt.

1. So wie wir es auch bei der Behandlung der Billigkeit getan haben, werden wir auch bei der Untersuchung des bona fides — Grundsatzes erstmals die historischen und theoretischen Grundlagen kurz klarstellen. Die Anforderung der *Gutgläubigkeit* hat — unseres Erachtens — von der Zeit ihrer Geburt an bis zu unserer Zeit zweierlei Belange: und zwar eine *materiellrechtliche Bedeutung* und einen *verfahrensrechtlichen Sinn*.

a) Die Anforderung der *Gutgläubigkeit* d. h. von *bona fides* war am ersten Anfang mit *materiellrechtlichen Inhalt* zu Tage getreten; sie bildete sich im Rahmen des „ius gentium“ heraus und wurde zur selbst bis heute herrschenden Idee des römischen Schuldrechts. (In dem ius gentium sind in seiner frühen Entfaltung — wie bereits früher angedeutet — diejenigen Normen des römischen Rechts enthalten, die in den zwischenstaatlichen Beziehungen herausgebildet worden sind und eine von den Eigentümlichkeiten des urwüchsigen ius civile nicht betroffene Entwicklungsperiode des römischen Rechtes bilden.)<sup>31</sup>

Einer ihrer zahlreichen Geltungsformen kommt auch in unserer mo-

<sup>30</sup> Lajos Szamel, eine führende Persönlichkeit der derzeitigen ungarischen Verwaltungswissenschaft, hatte vom Anfang an diesen Standpunkt eingenommen. a. W., S. 123.

<sup>31</sup> Személyi: a. W., S. 23.

deren Rechtsanwendung der Staatsverwaltung — obwohl auf ideelle Ebene profiziert — besondere Bedeutung zu: dies ist die gutgläubige Ersitzung, beziehungsweise das damit verbundene Rechtsprinzip: „*bonae fidei possessor fructus consumptos suos facit*“.<sup>32</sup>

Die bona fides wurde — nach Gaius — in der vorklassischen und klassischen Epoche Roms zum wichtigsten Element der Ersitzung.<sup>33</sup> Es ist ebenfalls nicht zu verschweigen, dass der Gegenstand der Ersitzung im römischen Recht nur die als Ersitzungsobjekt geltenden Sachen (bewegliche Sachen oder Immobilien) sein konnten.<sup>34</sup>

Diese klassische Form der Ersitzung hat selbstverständlich auch in den modernen Rechtssystemen ihre Fortgeltung, in unserem Staatsverwaltungsrecht jedoch in einer ideellen Umwandlung: ihr kommt *im Schutze der gutgläubig erworbenen und wahrgenommenen Rechte* eine besondere Bedeutung zu, was in einfachster Formulierung den folgenden Sinn hat: *die auf Grund eines Faktes der Staatsverwaltung erworbenen Rechte* einer Partei bzw. eines Bürgers sofern sich seine Umdedlichkeit nicht erweist und soweit er von seinen diesen gutgläubig erworbenen Rechten bereits Gebrauch machte — *gelten als unbehelligt*.

Im vorliegenden Falle handelt es sich also — und die Aufstellung des Vergleichs mag vielleicht nicht erkünstelt erscheinen nicht um *die Ersitzung* von objektiven Sachen, sondern vielmehr *von ideellen Werten*, das heisst, *von Rechten*.<sup>35</sup>

Die Gutgläubigkeit ist auch in diesem Falle jederzeit zu vermuten, das Gegenteil ist jedoch zu beweisen.

Damit sind wir aber bereits auf die Behandlung der verfahrensrechtliche Funktion der Gutgläubigkeit übergegangen.

b) Die *actio bonae fidei*, m. a. der Grundsatz des gutgläubigen Vorgehens war im römischen Prozessrecht in enger Verbindung mit der Billigkeit zu Tage getreten.

Bezüglich der Verbindung mit dem objektiven Recht, beziehungsweise des Geltungsbereichs des richterlichen Ermessens hatte das römische Recht die Unterscheidung zwischen zwei Prozessarten. Diese beiden grundlegenden Formen waren: die „*actio stricti iuris*“ und die „*actio bonae fidei*“. In dem ersten Falle wird der Spielraum für das freie Ermessen des Richters durch das objektive Recht weitgehend beschränkt; er ist in seiner Urteilsfällung überwiegend an die Rechtsnorm gebunden. „Die aufgrund des alten Zivilrechts erhobenen Klagen waren meistens dieser Art — lautet bei E. Pólay. Im zweiten Falle ist in der sog. *Intention* der objektiven Rechtsnorm eine „*ex fide bona*“-Klausel enthalten, in vollständiger Formulierung: „*quidquid dare facere oportet ex fide bona*“, das heisst, in diesem Falle stand es dem Richter frei, alles, was die Gutgläubigkeit und die Redlichkeit erforderten zuerkennen.“<sup>36</sup>

Es ist hierbei notwendig, zu bemerken, dass die Pflicht der Gutgläubigkeit in dem römischen Prozessrecht — wie es aus den Obengeschilderten

<sup>32</sup> Dig. 22, 1. 25. § 1.

<sup>33</sup> G. Inst. 2. 43.

<sup>34</sup> Pólay: a. W., S. 245.

<sup>35</sup> Im Hinblick auf die obige Grundthese — wonach Gegenstand der Ersitzung nur eine ersitzungsfähige Sache sein könnte — sei bemerkt, dass eine Ersitzung von Rechten — obwohl als strikter Ausnahmefall — im klassischen römischen Recht nicht unbekannt war, da z. B. die *Servitut als Ersitzungsgegenstand* galt.

<sup>36</sup> Pólay: a. W., S. 115—116.

bereits hervorgeht — vorwiegend (oder beinahe ausschliesslich?) den Parteien auferlegt war, wogegen der Grundsatz des gutgläubigen Verfahrens in den neuzeitlichen modernen Rechtssystemen im allgemeinen etwa eingebettet in gesamten Verfahrensrechtsverhältnis, in einem viel breiteren Geltungsbe- reich, als geltend angesehen wird. Wir werden darauf gleich zurückkommen.

ba) Der Grundsatz des gutgläubigen Verfahrens (*actio bonae fidei*) gilt im ungarischen Rechtssystem als ein sog. für die verschiedenen Rechtszweigen bestehender oder genereller Grundsatz von allen Verfahren der Rechtsan- wendung, von allen Verfahrensrechten.<sup>37</sup>

In den beiden grundlegenden Codex unseres Verfahrensrechts, der Zivil- prozessordnung und dem Gesetz über die allgemienien Verfahrensvorschriften der Staatsverwaltung ist der Grundsatz des gutgläubigen Verfahrens durch positive Bestimmung des Gesetzes festgesetzt, ja sogar kann seine Geltung, beziehungsweise seine zahlreichen wichtigen Elemente auch im Strafprozess- recht nachgewiesen werden.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Die Grundsätze des Verfahrensrechts — insbesondere des Verwaltungsver- fahrens — werden von der ungarischen Verfahrensrechtswissenschaft in drei Grup- pen eingereiht u. z.: a) in die erste Gruppe gehören die in sämtlichen Rechts- zweigen anwesenden Grundsätze des gesamten Rechtssystems, b) in die zweite Gruppe werden die Verknüpfungsgrundsätze, die nur für die Verfahrensrechte (Strafprozessordnung, Zivilprozessordnung, Verwaltungsverfahrensrecht, Verfah- rensvorschriften für die Erledigung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten) bezeichnend sind, eingereiht und schliesslich: c) die dritte Gruppe bilden die in den einzelnen Verfahrensrechten — so z. B. im Staatsverwaltungsverfahren — geltenden spezifi- schen Grundsätze des Rechtszweiges. Géza Kilényi: Die Grundsätze des Staats- verwaltungsverfahrens. (Az Államigazgatási eljárás alapelvei.) S. 70. István Szücs: Die Hauptfragen der Theorie über das Verfahren des Staatsverwaltungsbehörden. (Az államigazgatási hatósági eljárás főbb elméleti kérdései.) Budapest, 1976, S. 154.

<sup>38</sup> Im ungarischen Fachschrifttum wird die Geltung des Gutgläubigkeitsprin- zips im Strafverfahren von einigen Verfassern bestritten. Diejenigen, die dieser Auffassung sind, begründen ihre Meinung einerseits damit, dass dieses Prinzip in der Aufzählung der Grundsätze im Kodex des Strafverfahrens positivrechtlich nicht verankert ist, andererseits weist man in der Argumentation auf die positiv- rechtliche Norm hin, wonach der strafrechtlich verfolgten Person (dem Beschul- digten, dem Angeklagten) keine Wahrheitspflicht auferlegt ist, und schliesslich be- dient man sich zur Begründung solcher Behauptung gewisser — zwar altherge- brachter und auf ein früheres, „hartes“ Strafverfahrenssystem zutreffender — ab- rediger Auffassungen aus dem Fachschrifttum.

Nach unserer Überzeugung ist das Prinzip des redlichen Verfahrens für alle im Verfahrensrechtsverhältnis beteiligten Personen (also nicht nur die prozess- führenden Parteien, die strafverfolgte Person oder die Partei im Staatsverwal- tungsverfahren) verbindlich, das heisst, aus der Sicht unseres Themas hat so wohl die Partei als auch alle sonstigen Subjekte des Verfahrens — der Zeuge, der Sachverständige usw. — ja sogar der zur Amtshandlung kompetente Sachbear- beiter, im Laufe des Staatsverwaltungsverfahrens redlich vorzugehen. Diese un- sere Behauptung bekräftigt auch das positive Recht und zwar damit, dass es im positiven Recht nie und nimmer eine Redlichkeitspflicht der Partei und den prozessführenden Parteien auferlegt ist, es wird vielmehr stets über die Pflicht der redlichen Führung des gesamten Verfahrens verfügt. Bei dieser Sachlage sind in unseren, modernisierten, im Vergleich zu dem früheren strengen, „harten“ Straf- verfahrenssystem weitgehend humanisierten Strafverfahrenskodex zahlreiche Elemente der redlichen Verfahrensführung vorzufinden. Diese sind, ohne Anspruch auf eine vollständige Aufzählung, wie folgt: Vorkehrungen sanktionierender Art (z. B. verschiedene Ordnungsstrafen und sonstige Verfügungen), die gegen einzelne Verfahrenssubjekte wegen ihrer, den Tatbestand der Unredlichkeit erfüllenden Verfahrenshandlungen getroffen werden können, die Unschuldigkeitsvermutung, die Pflicht des Staatsanwaltes, auch die Fakten und Angaben, die zugunsten des Angeklagten zu bewerten sind, (soweit er von diesen Kenntnis, dem Gericht vor- zulegen, und schliesslich: die Maxime, wonach die Befreiung der strafverfolgten

bb) Zurückkommend auf die Sphäre des Rechtsanwendungsverfahrens in der Staatsverwaltung, muss man vor allem festlegen, dass die Rechtsdogmatik, der ungarischen Staatsverwaltung, das positive Verfahrensrecht und aufgrund dieser selbstverständlich auch die Praxis *dem Prinzip des gutgläubigen Verfahrens einen anderen Sinn, als was bei der „actio bonae fidei“ der Fall war, geben und* sein Zusammenhang mit der Billigkeit bei weiten nicht so eng ist, wie es im römischen Recht war. Nach unserer Auffassung, aber auch laut der auf dem gesetzten Verfahrensrecht beruhenden Praxis *besteht sein eigentlicher Sinn darin: im Staatsverwaltungsverfahren haben sämtliche Subjekte des Verfahrensrechtsverhältnisses und alle Mitbeteiligten des Verfahrens* — inbegriffen auch die im Verfahren vorgehenden Amtspersonen die Sachbearbeiter — *ihre Verfahrensakte gutgläubig vorzunehmen.*

Erweist sich im Laufe des Verfahrens eine Zuwiderhandlung gegen diese Verpflichtung seitens eines Rechtssubjekts, das heisst, ein „unredliches Vorgehen“, so können ihm gegenüber verschiedene verfahrensrechtliche Sanktionen angewendet werden, mit einer möglicher Auswirkung auf die Entscheidung in der Sache selbst, oder aber den auf diese Weise erworbenen Rechten kann kein Schutz gewährt werden.

2. Bezüglich der Lage des positiven Rechts und der Rechtsanwendungspraxis in Ungarn sind die folgenden erwähnenswert.

a) *Es fehlt eine vollständige inhaltliche Beschreibung des Gutgläubigkeitsbegriffs in unserem gesetzten Recht.* Unter den die Durchführung des ungarischen Gesetzes über die allgemeinen Regeln des Staatsverwaltungsverfahrens unterstützenden *prinzipiellen Stellungnahmen* gibt es ja eine *Direktive* die der Orientierung einigermaßen hilft. Hierin sind — obwohl aus einem negativen Aspekt heraus — Beispiele aufgezählt, wo ein Verfahrensbeteiligter *nicht als gutgläubig angesehen werden kann, soweit er*

— in der Sache *wissentlich falsche Angaben liefert, wesentliche Tatsachen oder Umstände in der Sache verschweigt*, oder aber zur Zeit der Beschlussfassung über die Gesetzeswidrigkeit Kenntnis hatte. Bemerkenswert ist, dass dieser negative Beispiel für alle Mitbeteiligten des Verfahrens gilt und nicht nur etwa für die Partei,

— nach der prinzipiellen Stellungnahme kann ferner nicht als gutgläubig gelten derjenige, der im Interesse einer rechtswidrigen Beschlussfassung *den Mitarbeiter des in der Sache vorgehenden Organs bestochen oder beschenkt hatte.* In diesem Falle kann die Unredlichkeit selbstverständlich auch seitens des Mitarbeiters der Amtsstelle festgestellt werden. Andererseits kann diese Unredlichkeit auch strafrechtliche Folgen haben, desgleichen die falsche Angabenerlieferung im ersten negativen Beispiel, soweit sich dieselbe in der Form einer falschen Zeugenaussage oder einer falschen Expertise offenbart.

Ausser der erwähnten prinzipiellen Stellungnahme sind gewisse — ebenfalls auf die begriffsmässige Auslegung der Unredlichkeit ausgerichtete — *taxative Aufzählungen auch in einzelnen materiellen Rechtsvorschriften der Rechtszweige enthalten.*

Beispielsweise ist eine taxative Aufzählung für die Begriffsbestimmung „der eine Wohnung ohne rechtmässigen Grund bewohnenden unredlichen

---

*Person von der Wahrheitspflicht ebenfalls nicht unbeschränkt ist*, da diese in ihrer Verteidigung nicht soweit gehen darf, dass sie sich zwecks ihrer eigenen Entlastung gegen andere Personen etwa falscher Anschuldigung bedient oder die Rechte anderer beeinträchtigt. Eine der weitgehend unredliche Verhaltungsweise ist auch nach unserem geltenden Strafrechtsverfahrensrecht unzulässig.



Person" in der Ministerialverordnungen über die Ordnung der Wohnraumbewirtschaftung und Wohnungsverteilung gegeben.

Der Unredlichkeitsbegriff wird *auch im Fachschrifttum* — und zwar auf eine Weise, die auch für die Rechtsanwendung annehmbar ist — *erweitert*. So gilt auch die Person unredlich, die

— einen in der Sache zu vernehmenden Zeugen zur falschen Aussage bewegt oder

— den Tatort vor der Augenscheinseinnahme zwecks Täuschung des Verwaltungsorgans entstellt.<sup>39</sup> (Der Besitzer des Augenscheinsgegenstandes oder die Person mit Verfügungsbefugnis über den Tatort können ja auch Personen ausserhalb der Parteischaft sein, die ursprünglich vom Verfahren nicht mitbetroffen sind.)

Diese Bemerkung sei wiederum zur Unterstützung der Auffassung gemacht, wonach der Grundsatz der *Gutgläubigkeit nicht nur den Parteien*, sondern sämtlichen vom Verfahren betroffenen Personen, das vorgehende Verwaltungsorgan mit inbegriffen *Verpflichtungen auferlegt*.

Letzten Endes kann der Standpunkt angenommen werden, wonach eine durch taxative Aufzählung erfolgende, vollständige Begriffsbestimmung der Gutgläubigkeit so wie der Unredlichkeit nicht möglich sei,<sup>40</sup> sie ist vielmehr — auch laut der bereits erwähnten Stellungnahme — „jederzeit anhand des konkreten Falles zu beurteilen“.

Das gilt als generelle Regel, dass *die Gutgläubigkeit jederzeit zu vermuten, die Unredlichkeit jedoch* — falls ein Verdacht dafür aufkommt — *jederzeit unter Beweis zu stellen ist*.

b) Schliesslich möchte ich noch *die verfahrensrechtliche Funktion des Schutzes von gutgläubig erworbenen und wahrgenommenen Rechten* kurz schildern. Um dies zu tun, ist es unvermeidlich das Rechtsmittelsystem unseres Staatsverwaltungsverfahrens darzulegen.

ba) Der Kodex des ungarischen Staatsverwaltungsrechts stellt ein *differenziertes, zugleich jedoch gebundenes Rechtsmittelsystem* dar. Die verfügbaren Rechtsmittelvarianten sind *in drei Gruppen* einzuteilen und zwar:

— *in eigener Kompetenz* (d. h. durch die erlassende Amtsstelle) ist dem Mangel des Verwaltungsaktes der rechtsanwendenden Behörde durch Ausbesserung und Ergänzung, sowie Abänderung oder Rücknahme abzuholten,

— die Möglichkeiten zum Rechtsbehalf *auf dem Instanzenwege* (innerhalb der Staatsverwaltungsorganisation) sind: *die Berufung*, worauf der Revisionsantrag (beide haben eine devolutive Wirkung) und schliesslich *der Rechtsbehalf im Aufsichtsverfahren* (durch irgendeine, durch den Gegenstand der Angelegenheit betroffene Behörde in höheren Instanz) folgen können,

— *die durch aussenstehende sonstige staatliche Organe* vorgenommene oder veranlasste Rechtsmittel sind *die Revision der Entscheidung auf dem ordentlichen Gerichtswege* und der Rechtsbehalf durch *Einspruch des Staatsanwaltes*.

Unter den Aufgezählten gilt die Berufung als *ordentliches Rechtsmittel*, alle sonstigen Mittel werden als *ausserordentliche Rechtsmittel* angesehen.

bb) Der Schutz der gutgläubig erworbenen und wahrgenommenen Rechte der Parteien, d. h. die Unbehelligkeit dieser Rechte — was nun *die verfahren*

<sup>39</sup> Géza Kilényi: Die Gutgläubigkeitsproblematik im Staatsverwaltungsverfahren. (A jóhiszeműség problémája az államigazgatási eljárásban.) Állam és Igazgatás, 1979, Heft 6, S. 494.

<sup>40</sup> Kilényi: ebenda.

*rensrechtliche Funktion* der Gutgläubigkeit anbelangt — hat in den Rechtsmittelverfahren eine hervorragende Bedeutung. Dies lässt sich wie folgt zusammenfassen:

— bei den vorerwähnten Rechtsmitteln — ausgenommen jedoch die aufgrund der Berufung, der gerichtlichen Revision, sowie des Einspruchs durch den Staatsanwalt getroffenen Verfügungen — *darf der Beschluss weder abgeändert, zurückgenommen, noch aufgehoben werden*, sofern dies zur Verletzung von gutgläubig erworbenen und wahrgenommenen Rechten der Partei führen würde. In anderer Formulierung:

— der Ausbesserungs- und Ergänzungsbeschluss, sowie der in eigener Kompetenz gefasste Beschluss über die Abänderung oder Zurücknahme, ferner der einen Revisionsantrag entscheidende Beschluss (dritter Instanz) und schliesslich der im Laufe des Rechtsbehelfs im Aufsichtsverfahren gefasste Beschluss *darf keine Verfügung zu Lasten der Partei (der Parteien) enthalten*. Eine Verfügung „in melius“ ist jedoch zulässig.

Das einschlägige Verbot der „reformatio in peius“ gilt selbst für rechtswidrige, dem Rechtsbehelf unterzogene Beschlüsse. (Eine andere Frage ist, dass es zu einigen Rechtsmittelvarianten — kraft des Gesetzes — nur im Falle einer ausdrücklichen Rechtsverletzung kommen kann, dieselben sind: die von amtswegen in eigener Kompetenz vorzunehmende Rücknahme oder Abänderung des Beschlusses, der Rechtsbehelf im Aufsichtsverfahren, die gerichtliche Revision und der Einspruch durch den Staatsanwalt. Beschlüsse, die im freien Ermessen und mit Interessenbeeinträchtigung, jedoch ohne Rechtsverletzung gefasst worden sind, können auf diese Weise nicht angefochten werden.)

*Zur Behebung von Gesetzwidrigkeiten und Rechtsverletzungen erweisen sich die Rechtsmittelvarianten, bei welchen dem Schutz der gutgläubig erworbenen und wahrgenommenen Rechte der Parteien keine Geltung verschaffen wird, vollends genügend.*

Das ist der Fall in den aufgrund der Berufung, der gerichtlichen Revision oder eines durch des Staatsanwalt eingelegten Einspruchs eingeleiteten Rechtsmittelverfahren.

Mit diesen Erörterungen wollte ich zu der Jubiléumsausgabe des Gedenkbuches, die zu Ehren des hervorragenden Gelehrten und Lehrers in der Wissenschaft des römischen Rechts, der international anerkannten Autorität seines Faches, Dr. Elemér Pólay, Universitätsprofessor, Leiter eines Lehrstuhls und akademischer Doktor der Staats- und Rechtswissenschaften, verlegt werden wird, einen Beitrag nach meinen bescheidenen Kräften leisten.

In diesem kurz gefassten Beitrag war lediglich das Fortbestehen zweier klassischer Grundsätze des römischen Rechts behandelt, es würde sich jedoch lohnen, die Untersuchung auf die Problematik der in grosser Anzahl fortgeltenden Grundsätze und Rechtsinstitutionen zu erstrecken. Der mögliche Umfang hatte mir jedoch Schranken gesetzt.

## Rechtsstellung der Arbeiter der militarisierten Betriebe in dem ersten Weltkrieg in Ungarn

In Österreich hat die Regierung schon in den ersten Tagen des Krieges eine Ermächtigung verlangt und erhalten, um die Unternehmungen zu staatlich geschützten Betrieben zu erklären. In Ungarn kam hingegen am Beginn noch die Auffassung zur Geltung, daß der Krieg die Veränderung des Verhältnisses zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht begründet. Als aber die österreichischen Fabriken begannen, die Arbeiter der ungarischen Betriebe abzusaugen, konnte die Regierung auch bei uns nicht umhin, ihren Standpunkt zu revidieren<sup>1</sup> und die für notwendig gedachten Maßnahmen auszuführen. Die Rechtsgrundlage dazu wurde im G. A. LXVIII v. J. 1912 gefunden, weil dessen Art. 18 nach die Besitzer der Betriebe und der Industrielagen verpflichtet werden können, ihre Betriebe fortzusetzen oder diese für Gebrauch zusammen mit dem Personal zu überlassen. Und es sind nach dem Art. 6 die Individuen, die zum Personal des aufgrund dieses Gesetzes in Anspruch genommenen Gewerbes- oder einer solcher Betriebsansiedlung usw. gehören und in persönliche Dientsleistung eingezogen werden können, verpflichtet, während der Zeit der Inanspruchnahme in ihrem Dients- oder Arbeitsverhältnis zurückzubleiben...

Der Betrieb wurde aber nur in einem Fall in die tatsächliche Verwaltung des militärischen Ärars übernommen, namentlich bei der Kunstseidenfabrik zu Sárvár, wo für das Heer Sprenstoff erzeugt wurde. Für die Fortsetzung seines Betriebes wurden aber immer mehrere Unternehmen verpflichtet. Die Zahl des mit einer solchen Pflicht belasteten Unternehmens war nämlich am 1. Oktober 1915 263, in 1917 aber schon auf 615 (anderen Angaben nach auf 592) gewachsen und ein Jahr später schon mehr als 900. Und dies bedeutete einen bedeutenden genug Teil der zeitgenössischen ungefähr 4000 heimischen Betriebe, besonders wenn wir in Betracht nehmen, daß bei den zur Fortsetzung verpflichteten Unternehmen ungefähr eine halbe Million Menschen angestellt wurden, die Bergwerke und Eisenbahnbetriebe auch eingerechnet.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Szterényi, József—Ladányi, Jenő: A magyar ipar a világháborúban (Die ungarische Industrie im Weltkrieg), Budapest, 1933. In den Folgenden: Szterényi—Ladányi, S. 74.*

<sup>2</sup> *A. a. O., S. 75, sowie Hadtörténelmi Levéltár (Kriegsgeschichtliches Archiv) (In den Folgenden: Ht. L.) Magyar királyi honvédelmi miniszter (vgl. ung. Minister für Landesverteidigung) (in den Folgenden: H. M.) Nr. 15 993/1917. eln. 4/a, Positionsnummer 4, Grund—Nr. 11 615 (Eine hier gelegte Schrift, ohne Signatur).*

Der beträchtliche Teil der Arbeiter der zur Fortsetzung verpflichteten Betriebe wurde durch die Einführung der erwähnten Verpflichtung sehr unangenehm berührt. Die einzelnen Unternehmen wurden nämlich zur Fortsetzung ihres Betriebes nicht deshalb verpflichtet, als ob diese ihre Tätigkeit hätten einstellen wollen, sondern weil die Erklärung einer Verpflichtung wie diese durch die zeitgenössische Auffassung — mit der eigenartigen Auslegung des Gesetzes — als eindeutig mit einer Art der staatlichen Inanspruchnahme angesehen wurde. Und deshalb hat der Staat sich darauf berechtigt gefühlt, daß er seine auf die Arbeiter des in Anspruch genommenen Unternehmens bezüglichen beschränkenden gesetzlichen Verfügungen auch auf die Werk-tätigen der zum Fortsetzug verpflichteten Betriebe anwende. Dies zeigt sich aus der von den Dienst-, Lohn- und Arbeitsverhältnissen der Arbeiter der mit solchen Verpflichtungen belasteten Betriebe verfügenden Verordnung des Verteidigungsministers Nr. 18 950/1915. eln. 20/b v. J. 1916, die die folgenden beschränkenden Verfügungen enthält, um einen Teil der Arbeiter der zur Fortsetzung verpflichteten Betriebe zum Arbeitsplatz zu binden:

Diejenigen männlichen Arbeiter der zur Fortsetzung des Betriebes verpflichteten Unternehmen die in der Zeit der Verpflichtung zur Fortsetzung des Betriebes zum Personal des Unternehmens gehörten und gemäß den Artikeln 4 und 5 des G. A. LXVIII v. J. 1912 zum persönlichen Dienst verpflichtet werden können, sind im Sinne des § 6 des angeführten G. A. verpflichtet, für die Zeit der Inanspruchnahme des Unternehmens, d. h. solange die Pflicht der Fortsetzung des Betriebes für das Unternehmen gesteht, in ihrem bisherigen Dients oder Arbeitsverhältnis zu verbleiben. Ebenso sind diejenigen Personen verpflichtet, bei einem solchen Unternehmen zu verbleiben die aufgrund des G. A. LXVIII v. J. 1912 zur persönlichen Kriegsleistung verpflichtet sind und als Arbeiter zu dem zur Fortsetzung des Betriebes verpflichteten Unternehmen delegiert wurden.

Mit Hinsicht darauf, daß gemäß dem angeführten § 4 des G. A. LXVIII (mit der Ausnahme der im § 5 aufgezählten Befreiungen): „Zur Verrichtung der für Kriegszwecke nötigen persönlichen Dienste können alle arbeitsfähigen, zum männlichen Geschlecht gehörenden Bürger die ihr 50stes Lebensjahr nicht vollendet hatten, verpflichtet werden“, die Gebundenheit an den Arbeitsplatz sollte auch sich — im Sinne der Obigen — „nur“ auf diese beziehen. Für die anderen männlichen Arbeiter der zur Fortsetzung des Betriebes verbundenen Unternehmen, sowie für die weiblichen Arbeiter — wie dieses auch in der angeführten Verordnung des Ministers für Landesverteidigung betont wird — sind in Hinsicht der dienstlichen Verhältnisse die allgemeinen Rechtsregeln, so besonders die Verfügungen des Gewerbegesetzes maßgebend. Sie müssen nur so in ihrem Arbeitsverhältnis bleiben, wenn der Verwaltungsbehörde sie für das Unternehmen aufgrund der Gesetze L v. J. 1914 und XIII v. J. 1915 von allgemeinen Interesse persönliche Dienste zu leisten verpflichtet.

Die am letzten angeführten Vorschriften der Verordnung des Ministers für Landesverteidigung verwiesen praktisch beinahe auf die Möglichkeit der Verfügung der auf die allgemeine, sich auch auf die Weiber ausdehnende Arbeitspflicht. Nach dem § 5 des G. A. L v. J. 1914, wenn es von dem Gesichtspunkt des Gesundheitswesens, des Ernährungswesens oder der öffentlichen Sicherheit notwendig ist oder wenn die Leistung einer Arbeit öffentlichen Interesses anders nicht gesichert werden kann, ist die Verwaltungsbehörde mit der Ermächtigung des Ministeriums berechtigt, jedes Individu-

um, das sein achtzehnte Jahr vollendete, sein fünfzigste Jahr aber noch nicht, innerhalb des Gebietes seines Bezirks oder seiner als Wohnort dienenden Stadt, und der benachbarten Stadt und Bezirke die *Frauen* aber nur in ihrem Wohnort oder auf dem Gebiet der nachbarlichen Gemeinden verpflichtet kann, persönliche Dienste zu leisten. Und nach den diese Verfügungen modifizierenden Verfügungen des § 2 des G. A. XIII v. J. 1915, kann das Ministerium nach Bedarf erlauben, daß die arbeitsfähigen Individuen zu den im § 5, Abs. 1 des G. A. L v. J. 1914 bestimmten Leistungen ohne Rücksicht auf diese Beschränkungen verpflichtet werden können.

Die angeführten Gesetze L v. J. 1914 und XIII v. J. 1915 haben also die Bindung eines viel weiteren Kreises der Werkstätigen zum Arbeitsplatz ermöglicht, als der von den Kriegsleistungen verfügende G. A. LXVIII v. J. 1912 (obwohl die Bindung der weiblichen Arbeiter zur Fabrik tatsächlich nur in der Patronenfabrik zu Csepel und der Waffenfabrik zu Budapest geschah).<sup>3</sup> Es ist aber zu merken, daß auch überdies in der Rechtsstellung der zum Betrieb gebundenen Werkstätigen sehr wesentliche Unterschiede gab, abhängig davon, aufgrund welcher angeführten Rechtsregel die Bindung zum Arbeitsplatz geschah. Diejenigen nämlich, die aufgrund des Gesetzes LXVIII v. J. 1912 verpflichtet wurden, im Betrieb zu bleiben, gerieten gleichzeitig damit unter militärische Straf- und Disziplinargewalt, sowie unter die Jurisdiktion des von Amts wegen zum Betrieb gestellten militärischen Befehlshabers, während die aufgrund der Gesetze L v. J. 1914 und XIII v. J. 1915 Verpflichteten von diesen Beschränkungen nicht berührt wurden. Nach der mehrmals angeführten Verordnung des Ministers für Landesverteidigung gehören unter § 9 Abs. 3 des G. A. LXVIII v. J. 1912 über die Kriegsleistungen und demgemäß zwischen den Beschränkungen des § unter die Jurisdiktion der militärischen Strafgerichtsbarkeit, sowie der militärischen Disziplinargewalt, d. h. auch unter die Jurisdiction des zum Unternehmen delegierten militärischen Befehlshabers (Leiters) nur diejenigen männlichen Arbeiter von den Arbeitern des Unternehmens — außer den zum Unternehmen delegierten militärischen Personen — die gemäß § 6 des G. A. LXVIII v. J. 1912 verpflichtet waren, beim Unternehmen in ihren bisherigen Dienst- und Arbeitsverhältnissen verbleiben, sowie diejenigen, die aufgrund des angeführten Gesetzesartikels zu einem persönlichen Dienst im Unternehmen bestellt wurden, und schließlich diejenigen, die nach der Verpflichtung des Unternehmens darin freiwillig eingetreten waren aber übrigens nach dem G. A. LXVIII d. J. 1912, als eine Kriegsleitung, zu einer persönlichen Leistung verpflichtet werden können. § 9, Abs. 3 des G. A. LXVIII v. J. 1912 bezieht sich nicht auf die anderen Arbeiter des Unternehmens und so erstrecken sich auf diese die in dem angeführten § bestimmte militärische Strafgerichtsbarkeit und die militärische Züchtigungsmacht nicht.

Praktisch konnten also nur die weiblichen Arbeiter und die ihr 50-stes Lebensjahr vollendeten männlichen Arbeiter bei den zur Fortsetzung ihres Betriebes verpflichteten Unternehmen nicht unter militärische Strafgerichtsbarkeit und militärische Züchtigungsmacht gezogen werden. Und, wie wir es später sehen werden, waren dem Wesen nach auch dieselben, die auch in die bei einem Teil der Unternehmen aufgestellten sog. Landsturmabteilungen der Arbeiter nicht eingeteilt werden konnten. Nichtsdestoweniger

<sup>3</sup> Sztérényi—Ladányi, S. 74, sowie die in der vorigen Note angeführte (H. M.) Schrift.

konnte auch ihre Disziplinarlage eigentümlich geformt werden, weil in beiden Betrieben, wo auch ihre Bildung zur Fabrik tatsächlich stattfand, hat über diese die Disziplinargewalt wirklich nicht vom militärischen Befehlshaber aber auch nicht von der Betriebsleitung, sondern vom zuständigen Munizipium ausgeführt; In Csepel also Oberstuhlrichter in Kispest und in der Waffenfabrik von der Behörde der Haus- und Residenzstadt Budapest.<sup>4</sup> Dies war in gewissem Maße in Übereinstimmung mit den Verfügungen des § 7 des G. A. L. v. J. 1914, wonach über die aus den aufgrund des erwähnten Gesetzes verfüigten Leistungen stammenden Verpflichtungen, wenn daraus eine Debatte oder Klage auftaucht, die Verwaltungsbehörden entscheiden.

Es bedarf keines Beweises, daß die Bindung des beträchtlichen Teiles der Arbeitskraft zum Betrieb — geschah dies aufgrund welcher immer angeführten Rechtsregel — entzog dieser die Möglichkeit, ihre Arbeitsstellen — die Vorteile der Nachfrage und des Angebots ausnützend, — mit einer neuen zu vertauschen, die ihnen günstigere Bedingungen verspricht. Und die auf sie ausgedehnte militärische (bzw. teilweise administrative) Züchtigung und Strafgewalt verminderte für sie selbst die Möglichkeiten der Wahrung ihrer Interessen innerhalb des Betriebes am meisten auf das Minimum. All dies gab natürlich einseitige Vorteile gegenüber den berührten Werkträgern sowohl den Arbeitgebern als auch den Arbeitern der zur Fortsetzung des Betriebes nicht verpflichteten Unternehmen, ja sogar auch den mit solchen Verpflichtungen nicht belasteten „freien“ Arbeitern ihres eigenen Betriebs. Um sie zu kompensieren, wurden in die mehrmals angeführte Verordnung Nr. 18 950/1915. eln. 20/b. v. J. 1916 des Ministers für Landesverteidigung einige Vorschriften eingefügt, die mit Hinsicht auf die nachteilige Lage der zur Fabrik gebundenen Arbeiter der zur Fortsetzung des Betriebs verpflichteten Unternehmen für diese eine gewisse Verteidigung sicherten. Diesen Verfügungen gemäß sind:

die im vorigen Absatz erwähnten Arbeiter im Falle einer identischen Arbeit desselben Lohnes teilhaftig zu werden, wie die in demselben Unternehmen angestellten anderen Personen.

Unter den zur Fortsetzung des Betriebes verpflichteten Unternehmen dürfen in Hinsicht auf den für eine identische Arbeit gezahlten Lohn (oder eine solche Bonifikation) keine unbegründeten beträchtlichen Unterschiede vorkommen. Der den erwähnten Arbeitern zustehende Arbeitslohn kann nicht niedriger als der Lohn der Arbeiter in den nicht in Anspruch genommenen Unternehmen im Falle einer identischen Arbeit sein.

Und übrigens sollen die dem Krieg zufolge eingetretenen Veränderungen in den Nahrungsverhältnissen bzw. die Erhöhung des Preises der wichtigsten Lebensartikel bei der Feststellung des Arbeitslohnes (der Vergeltung) in Betracht genommen werden.

Überdies hat die erwähnte Verordnung in Verteidigung an den Arbeitsplatz angebundenen Arbeiterschaft auch vorgeschrieben, daß die Facharbeiter in einem — ihrem Fach entsprechenden — Arbeitskreis beschäftigt werden sollen, wovon sie nur für den Notfall und für eine kurze Zeit eine Ausnahme erlaubte. Sie hat auch alle Veränderungen im Lohn der Arbeiter verboten, die für diese nachteilig wäre, und für die Überstundenarbeit für sie mindestens 20% Überstundenlohn vorgeschrieben. Außerdem hat sie die Arbeitszeit der den Zuständen am 25. Juli 1914 entsprechend gebundenen Ar-

<sup>4</sup> Ht. L., H. M. Nr. 15 993/1917. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund- Nr. 11 615 (Eine hier gelegte Schrift, ohne Signatur).

beiter praktisch festgestellt, ja sogar vorgeschrieben, daß der ordentliche Arbeitslohn der erwähnten Arbeiter im Falle der einstweiligen Einstellung des Betriebes auch gezahlt werden soll, insofern diese darin unverschuldet sind. Und, um die Möglichkeit der doppelten (militärischen und bürgerlichen) Disziplinierung auszuschließen, hat sie verfügt, daß für die unter die militärische Strafgerichtsbarkeit und Disziplinargewalt gehörenden Arbeiter die die Disziplinarstrafen der Arbeitsordnung feststellenden Verfügungen nicht gültig sind. Schließlich verfügte über die Entscheidung der Lohnstreitigkeiten, d. h. in Streitfragen über die Feststellung der Arbeitslöhne, sowie in Hinsicht auf die gebundenen Arbeiter die mehrmals angeführte Verordnung des Ministers für Landesverteidigung. Diese verfügt auch darüber, wieviel Arbeitslohn das Unternehmen den aufgrund des G. A. LXVIII v. J. 1912 persönliche Leistungen verrichtenden Arbeitern und den zum Unternehmen abkommandierten militärischen Personen zahlen soll, im Falle eines Streites oder einer Klage, wenn deren friedliche Erledigung nicht gelingt. Und der Minister für Landesverteidigung bzw. der zuständige Minister stellt in diesem Fall, aufgrund der Gesetze L v. J. 1914 und XIII v. J. 1915 — und zwar nötigenfalls nach Anhören des im Teile V dieser Verordnung erwähnten Klageausschusses die Bezügen der persönliche Dienste Leistenden.

Die Entscheidung der Lohnstreitigkeiten bzw. in dieser Beziehung die Feststellung der Löhne ist also in die Kompetenz eines Ministers geraten, als eine notwendige Folge der Bindung der Arbeiterschaft zum Arbeitsplatz, was die freie Unterhandlung zwischen den Parteien am meisten illusorisch machte. Ja sogar wurde auch eine neue Organisation, der sog. Klageausschuß für den erwähnten Zweck aufgestellt, der selbst trotz seinen Mängeln geeignet dazu war, den ihrer Situation zufolge ausgelieferten Arbeitern eine gewisse Verteidigung zu sichern. Im Klageausschuß haben nämlich die Arbeiterschaft bzw. ihre Organisationen auch Vertretung erhalten, obwohl natürlich wesentlich weniger, als die Staatsgewalt und die Arbeitsgeber zusammen. Dies ist durch die Organisation des Klageausschusses gut gespiegelt, dessen Leiter der vom Minister für Landesverteidigung ernannte Vorsitzende war und seine Mitglieder die Folgenden:

1. der Vertreter des Handelsministers oder des seinem Ressort zufolge interessierten anderen Ministers,
2. der Delegierte des militärischen Kommandos,
3. zwei Delegierten der Fachvertretung der Arbeitgeber, und schließlich
4. zwei Vertreter der Gewerkschaft der Arbeiter und, aus Mangel an der Organisation des Fachs, der Facharbeiter des betreffenden Unternehmens. (Wir bemerken hier, daß es in jener Zeit in Ungarn noch keinen besonderen Minister für Industrie gab.)

In Hinsicht auf seinen Wirkungskreis konnte der Klageausschuß sich meritorisch ausschließlich mit den aus dienstlichen, Lohn- und Arbeitsverhältnissen stammenden konkreten Klagen beschäftigen. Und als Ergebnis seiner Untersuchung hat er versucht, zwischen den Parteien ein friedliches Übereinkommen zu erreichen. Und wenn dies nicht gelungen ist, hatte er das Ergebnis der Untersuchung für Vorkehrung dem aufgrund seines Geschäftsbereiches zuständigen Minister zu unterbreiten. Das heißt, hatte der Ausschuß im Sinne der Verordnung Nr. 18 950/1915. eln. 20/b v. J. 1916 keinen Rechtskreis zu entscheiden.

In der Lage der Klageausschüsse geschahen aber bald bemerkenswerte Veränderungen. Ihr Wirkungskreis wurde nämlich durch die Verordnung

des Ministers für Landesverteidigung Nr. 10 813/1916. eln. 20/b auch auf die zum Platz gebundenen Arbeiter der zur Fortsetzung ihres Betriebes *nicht* verpflichteten Bergwerkbetriebe ausgedehnt. Und die Verordnung des Ministers für Landesverteidigung Nr. 13 604/1916. eln. 20/b modifizierte die Zusammensetzung und den Wirkungskreis der Klageausschüsse. Sie verfügte ferner über ihr Verfahren in den Sachen der Mitglieder der sog. Landsturmarbeiter-abteilungen, sowie der Werkträgigen der Fiskalindustrie. Nach dieser letzteren Rechtsregel stand übrigens auch weiterhin an der Spitze des Klageausschusses der von dem Minister für Landesverteidigung ernannte Vorsitzende und seine Mitglieder waren die Folgenden:

1. der Vertreter des Handelsministers,
2. der Vertreter des Finanzministers,
3. ein Delegierter der Fachvertretung der Arbeitgeber,
4. ein Delegierter der Gewerkschaft der Arbeiter und aus Mangel an

einer Fachorganisation ein Delegierter der Arbeiter des Berufszeigs. Im Falle der Klagen der Bergarbeiter ist aber von den durch die Arbeiter selber aus ihrem Kreis in den Ausschuß der Kasse des Bergwerkunternehmens gewählten Mitgliedern eines von Fall zu Fall einzuladen.

Die auf den Wirkungskreis der Klageausschüsse bezügliche Verfügung der jetzt angeführten Rechtsregel war sehr wesentlich. Sie sicherte für sie das Recht der *endgültigen* Entscheidung in den zu ihr gehörenden Sachen aber sie hat zur selben Zeit in der Sache der Werkträgigen der fiskalischen Industrie das Verfahren der Klageausschüsse dem Wesen nach ausgeschlossen und die Entscheidung in diesen Fällen in den Wirkungskreis des seinem Aufgabenkreis nach zuständigen Ministers hingewiesen. Und bezüglich der zu den sog. Landsturmarbeiter-abteilungen gehörenden Arbeiter hat die Regel so verfügt, daß diese ihre Klagen dem dem Unternehmen beigeordneten militärischen Befehlshaber vorlegen sollen, der diese unverzüglich dem Klageausschuß übermittelt. Der militärische Befehlshaber hat auch die anderen untergeordneten Arbeiter verpflichtet, von ihren den Klageausschüssen vorgelegten Klagen dem Befehlshaber Bericht zu erstatten. Die Klageausschüsse hatten übrigens vom 19. Juli 1916 bis zum 31. Dezember 1917, d. h. solange sie den Rechtskreis der Entscheidung hatten, 1151 Sachen von 152 Fabriken erledigt (gemäß anderen Angaben haben sie vom 19. Juli 1916 bis zum März 1918 1798 Anträge erhalten). Ihre Entscheidungen waren am meisten den Arbeitern günstig.<sup>4a</sup>

Wie oben schon erwähnt, aufgrund des Kriegsleistungsgesetzes, sowie außer denjenigen, die vom Gemeininteresse aus zu persönlichen Leistungen verpflichtet wurden, hatte die ungarische Arbeiterschaft noch eine gebundene Schicht in der Zeit des ersten Weltkrieges. Dazu gehörten die Arbeiter, die in eine noch engere militärische Abhängigkeit gezwungen, als die Vorigen waren, in die Abteilungen der sog. Landsturmarbeiter eingeteilt wurden. (Wir beschäftigen uns hier mit der Lage der auf die Betriebsarbeit kommandierten Soldaten nicht.) Für die Aufstellung der Abteilungen der Landsturmarbeiter gab übrigens der über die Aufstellung des Landsturms sprechende G. A. XX v. J. 1886 und der diesen modifizierende G. A. II v. J. 1915 eine unsichere genug Rechtsgrundlage, weil das Landsturmaufgebot der ergän-

<sup>4a</sup> Szterényi—Ladányi, S. 84—85, sowie Nevelő, Irén: Az üzemek militarizálása és a panaszbizottságok az első világháború idején (Militarisierung der Betriebe und die Klageausschüsse in der Zeit des ersten Weltkrieges). Történelmi Szemle 7, (Jg. 1964), S. 80.



zende Teil der Wehrmacht war. Die Mitglieder der Abteilungen der Landsturmarbeiter, wie wir sehen werden, wurden nicht zu Soldaten, sondern sie blieben auch nach ihrer Musterung an ihrer originalen Arbeitsstelle und setzten ihre produktive Arbeit fort.

Was doch die Gründe der Aufstellung der Abteilungen der Landsturmarbeiter betrifft, sind diese Gründe teils in der Wichtigkeit der berührten Betriebe, teils im Benehmen ihrer Arbeiterschaft zu suchen. Solche Arbeiterabteilungen wurden nämlich zunächst in den wichtigen staatlichen Betrieben, dann in den wichtigen Privatbetrieben aufgestellt, bei denen die eventuell entstehenden Arbeiterstörungen, verglichen mit anderen Fabriken, für das Heer eine noch schwierigere Zurückwirkung bedeuten würden.<sup>5</sup> Es sei aber andererseits — wie es von dem zeitgenössischen Minister für Landesverteidigung bemerkt wurde — eine allgemein bekannte Tatsache, daß die Militarisierung sich am meisten auf die Unternehmen und Betriebe ausdehnte, deren Arbeiter eine unverlässige, ja sogar unruhige Haltung zeigten, sodaß das Interesse des Staates gerade notwendig machte, diese unter eine vollständige militärische Disziplin zu legen.<sup>6</sup>

Neben den Gesagten haben aber in den Organisierung der Arbeiterabteilungen teils vielleicht auch formal scheinende Umstände teilgenommen. In den staatlichen Betrieben war nämlich auch deshalb notwendig die Arbeiterabteilungen zu formen, weil der Staat — wenn diese nur einfach zur Fortsetzung ihres Betriebes verpflichtet gewesen wären — einerseits förmlich in die peinliche Lage geraten wäre, daß er sich selbst zur Fortsetzung seines Betriebes verpflichten sollte, andererseits die Vollständigkeit der Strenge, die die Arbeiter zum militärischen Eid verpflichtet, auf sie nicht ausgedehnt wäre.<sup>6a</sup>

Die Landsturmarbeitern der Arbeiter wurden übrigens gemäß einem aus 1917 abstammenden Ausweis: 1. sowohl bei den Betrieben, die aufgrund des Gesetzes zur Fortsetzung ihres Betriebes verpflichtet wurden, 2. als auch bei denen, die mit solcher Verpflichtung nicht belastet wurden, und 3. auch bei den Bergwerkbetrieben aufgestellt. (Es waren Arbeiterabteilungen mit einem ähnlichen Namen auch im Bereich des Heeres angewendet, diese werden aber in dieser Abhandlung nicht besprochen nachdem sie keine unmittelbare produktive Tätigkeit verrichteten.) Dem angeführten Ausweis nach wurden bei den zur Fortsetzung ihrer Betriebe verpflichteten Unternehmen 26, bei den mit dieser Verpflichtung nicht belasteten Betrieben 8, bei den Bergwerkbetrieben 41 Landsturmkompanien der Arbeiter aufgestellt. Aber diese Zahlen konnten sich von Zeit zu Zeit natürlich ändern. In den Unternehmen wurde gewöhnlich je eine Landsturmarbeitern der Arbeiter aufgestellt, in den größeren Betrieben aber möglicherweise auch mehrere Abteilungen. Und dann wurden diese in höheren Einheiten, in sog. Landsturmbataillonen vereint (und diese haben manchmal auch eine Landsturmbefehlsstelle der Arbeiterabteilungen zustandegebracht).<sup>7</sup> Es wurden auch

<sup>5</sup> Vgl.: Fußnote 4.

<sup>6</sup> Ht. L., H. M. 8203/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. III, Grund-Nr. 2456, sowie *Iványi, Emma: Magyar minisztertanácsi jegyzőkönyvek az első világháború korából 1914—1918* (Ungarische Ministerratsprotokolle aus dem Zeitalter des ersten Weltkrieges 1914—1918). In den Folgenden: *Iványi*. Budapest, 1960, S. 392.

<sup>6a</sup> Vgl.: Fußn. 4.

<sup>7</sup> Ht. L., H. M. Nr. 13 984/1917. eln. 4/a: „Kimutatás a magyar szent korona országában levő üzemekben, bányákban stb. megalakított népfelkelő munkásszá-

niedrigere Einheiten aufgestellt, als die Landsturmkompanien der Arbeiter die sog. detachierte Abteilungen, besonders in den kleineren Betrieben der ungarischen Staatsbahnen, hauptsächlich im Lande.<sup>8</sup>

Da die Landsturmabteilungen der Arbeiter gemäß Betrieben bzw. Betriebs- teilen organisiert wurden, ihre Stärke konnte verschieden genug sein. Z. B. bestand die in der Kanonenfabrik zu Győr (Raab) aufgestellten Landsturmkompanie Nr. 30 aus 2400 Arbeitern, aber die ebenso organisierte Kompanie Nr. 31 aus nur 2054 Arbeitern. Zu jeder Landsturmabteilung der Arbeiter wurde ein Kader von gewisser Zahl der Soldaten kommandiert. Dieser wurde nötigenfalls mit einer, im allgemeinen kleineren, Gandarmerieexpositur ergänzt. Der zur Kompanie Nr. 30 kommandierte Kader hatte z. B. außer dem Befehlshaber mit Offizierscharge 30 Mitglieder, namentlich einen dienstführenden Unteroffizier, einen rechnungsführenden Unteroffizier, sowie noch zwei andere Unteroffiziere oder Gefreiter und eine Mannschaft ohne Charge aus 26 Mann. Und zu all diesen knüpfte sich, als Brachialgewalt, eine Gendarmerieexpositur aus fünf Mann.<sup>9</sup> Die Kompanie Nr. 30 wurde übrigens in der Werkstätte der Kanonen und die Kompanie Nr. 31 in der Eisenschmiede aufgestellt und beide wurden des Kommando des Landsturmbataillons III der Arbeiter subordiniert.<sup>9a</sup> Die 3400 Arbeiter der Waffenfabrik wurden hingegen in eine einzige Kompanie (Nr. 34) eingeteilt, wo der zur Verfügung des Befehlshabers gestellte Kader gleichfalls aus einem dienstführenden Unteroffizier, einem Rechnungsunteroffizier, aber aus 4 anderen Unteroffizieren und einer 65 Mann enthaltenden Masschaft ohne Charge bestand.<sup>10</sup> Noch eigentümlicherweise wurde die Organisation der auch viele Betriebe der ungarischen Staatsbahnen enthaltenden Landsturmkompanie der Arbeiter No. 18 geformt, bei der für die kleineren Betriebe auch zahlreiche sog. detachierte Abteilungen zustandegebracht haben. Zu diesen detachierten Abteilungen wurden aber, ihrer niedrigen Stärke zufolge, kein besonderer militärischer Kader kommandiert, sondern nur ein Abteilungsbefehlshaber mit Unteroffiziersrang. Es wurde durch diesen Umstand und durch ihre Entfernung von der Zentrale der Kompanie verursacht, daß die Disziplinarjurisdiktion über diese Abteilungen gewöhnlich nicht dem Kommando der Landsturmabteilung zustand, sondern dem auf der Aufstellungstätte der Abteilung befindliche Bahnhofskommando, und nur aus Mangel des letzteren dem Abteilungskommando bzw. dem Befehlshaber der dahin kommandierten Abteilung. Dem Befehlshaber der Abteilung aber nur mit der Beschränkung, daß wo eine Disziplinarstrafe anzuwenden wäre, er um die Verweisung seines Abteilungsbefehlshabers möglichst auf kurzem Wege, durch Fernsprecher bitten soll.<sup>11</sup> Es ist in Verbindung damit zu bemerken, daß auch in einem Teil der Steinkohlenbergwerke die Disziplinierung der Mitglieder der Arbeiterabteilungen eigenartig gelöst wurde. In diesen fiel — mindestens am An-

zadokról". („Ausweis von den in den Betrieben, Bergwerken usw. der Länder der ungarischen heiligen Krone geformten Landsturmkompanien der Arbeiter.")

<sup>8</sup> Ht. L., H. M., Nr. 3750/1917. eln. 4/a, Pos. Nr. 4. Grund-Nr. 3156 (Ausweis von den bei den Ungarischen Staatsbahnen aufgestellten, bzw. zu bestellenden Arbeiterabteilungen und von den diesen untergestellten detachierten Zügen).

<sup>9</sup> Ht. L., H. M., Nr. 4020/1917. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 2391.

<sup>9a</sup> Vgl.: *ibid.* und in Fn. 7.

<sup>10</sup> Nevelő, Irén: A. a. O., S. 65.

<sup>11</sup> Vgl.: mit dem Ausweis in der Fn. 8 und *ibid.* der Schrift: Organisation der Landsturmabteilungen der Arbeiter in den Werkstätten der ungarischen Staatsbahnen.

fang — in die Aufgaben- bzw. Wirkungskreis der Oberstuhlrichter die Disziplinierung der Mitglieder der Arbeiterabteilungen, die Aufrechterhaltung der Ordnung und der Disziplin.<sup>12</sup>

In Hinsicht der Zusammensetzung der Landsturmarteilungen der Arbeiter mögen wir kurz feststellen, daß in diese die in dem berührten Betrieb angestellten enthobenen und die dahin kommandierten wehrpflichtigen und landsturmpflichtigen, sowie die nicht-wehrpflichtigen aber um Kriegsleistung verpflichteten Arbeiter eingeteilt werden sollten, gewöhnlich bis zur Vollendung ihres fünfzigsten Jahres, hier verstehend auch diejenigen die unter ihrem 18-sten Lebensjahr waren. Und die ihr 50-stes Lebensjahr vollendeten konnten dann in die Landsturmarteilung der Arbeiter eingeteilt werden, wenn sie in der Zeit der Formung der Abteilung im Betrieb schon persönliche Kriegsleistung erfüllten. Im Sinne des § 2 des, G. A. VI v. J. 1916 sind nämlich die zur persönlichen Kriegsleistung eingerückten Individuen verpflichtet, in ihrem Dienst zu verbleiben, wenn auch sie während dieses Dienstes die für sie bestimmte Altersgrenze übersteigen. Eigenartig konnten aber diejenigen zwischen 50 und 55 Lebensjahren, die der Erhöhung der Kriegsleistungspflicht bis zum 55 Lebensjahr zufolge zur Kriegsleistung verpflichtet wurden — wozu übrigens ebenso G. A. VI v. J. 1916 (§ 1) Ermächtigung gab — in die Landsturmarteilung der Arbeiter nicht eingeteilt werden.<sup>13</sup> Es scheint aber so, daß die beschriebenen Bedingungen in der Praxis nicht immer genau verstanden bzw. eingehalten wurden, weil z. B. der Bestand der Arbeiterabteilung der kgl. ung. Forschungsexpositur von Egbel das folgende Bild zeigt:

|   |                          |
|---|--------------------------|
| 1. wehrpflichtige enthobene Arbeiter  | 108                      |
| 2. Kommandierte Mannschaft  | 54                       |
| 3. aufgrund des Kriegsleistungsgesetzes eingewiesene Personen unter 18 Lebensjahren | 17                       |
| 4. Personen zwischen 18 und 50 Lebensjahren   | 34                       |
| 5. andere männlichen Angestellten über 50 Lebensjahre                               | 5                        |
| 6. weibliche Arbeiter   | 3                        |
| 7. Kriegsgefangene  | 27                       |
| 8. Abteilungskader  | 8                        |
| 9. Begleitungsmannschaft der Kriegsgefangenen                                       | 5                        |
| Zusammen  | 261 Mann <sup>14</sup> . |

Das heißt: Es waren sowohl die weiblichen Arbeiter als auch die Kriegsgefangenen darin eingerechnet und es war auch keine Differenzierung bezüglich der männlichen Arbeiter über 50 Lebensjahre.

Die Bildung der Landsturmarteilungen geschah übrigens in der Weise, daß die Enthebung der von dem militärischen Dienst bis dann enthobenen Arbeiter des betroffenen Betriebes außer Kraft gesetzt wurde. Und sowohl

<sup>12</sup> Ht. L., H. M., Nr. 11 728/1915. eln. 4, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 10 865 (Kopie der Zuschrift des Handelsministers Nr. 18 229/III. 1915 der Vereinigung der Ungarischen Bergwerks- und Hüttenwerksunternehmen).

<sup>13</sup> Ht. L., H. M., Nr. 1364/1917. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 1364. Zur Nr. 1364/1917. eln. 4/a. (Ergänzung zur Nr. 12 740/1916, eln. 4/a. Verfügungen für die bei der Bohrleitung in Egbel zu aufstellende Landsturmarteilung der Arbeiter.)

<sup>14</sup> Ht. L., H. M., Nr. 1364/1917. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 1364. (Die Schrift Nr. H. M. 17 067/eln. 4/a, bzw. 432 907/eln. 4/a, die das k. und. k. Militärkommando sendete unter Nr. Präz. 22 537/Fabr. R. dem Minister für Landesverteidigung.)

diese als auch die anderen zum Landsturmaufgebot verpflichteten (wehrpflichtigen) Arbeiter, die in dieser Zeit in der Anstellung des Betriebes waren, als in aktivem militärischen Dienst einberufenen erklärt wurden. Und diejenigen von den anderen Arbeitern des Betriebes, die aufgrund des G. A. LXVIII v. J. 1912 über die Kriegisleistungen zu persönlichen Leistungen verpflichtet werden konnten, wurden im Sinne des § 4 des angeführten Gesetzes als zu persönlichem Dienst geordnete erklärt und all dies war vor den Arbeitern verkündet.<sup>15</sup> Zur selben Zeit war die Betriebsleitung verpflichtet, von den für die Einteilung in die Landsturmabteilung in Betracht kommenden Personen in doppelter Ausfertigung ein Namensverzeichnis zu machen (separat von denen mit österreichischer Staatsangehörigkeit und von denen mit bosnisch-herzegowinischer Heimatsberechtigung *pertinenza*) und dieses Verzeichnis dem mit der Organisierung dieser Abteilung beauftragten militärischen Befehlshaber zu übergeben. Und der Befehlshaber hat aufgrund der erwähnten Namensverzeichnisse die in die Landsturmabteilung der Arbeiter einzuteilende Mannschaft in der Anwesenheit des Betriebsleiters und dem Gemeindevorgesetzten des Anstellungsortes vorgestellt, d. h. ausgehoben: aber nur die Wehrpflichtigen, die auch den Landsturmeid ablegen sollten. Die „nur“ zu Kriegisleistung Verpflichteten wurden hingegen nicht „vorgestellt“ und sollten auch keinen Eid ablegen, sondern sie wurden aufgrund der erwähnten Zeichnisse, in einer besonderen Gruppe, in die Arbeiterabteilung eingeteilt. Die Glieder der so geformten Arbeiterabteilungen blieben dann auch weiterhin in der Anstellung des Betriebes und von der Betriebsleitung den örtlich gewöhnlichen Lohn erhalten, miteinbegriffen auch die Überstundenlöhne, sowie die Bonifikationen für die Arbeiten an Sonn- und Feiertagen. Von dem Militär bekamen sie aber keine Gebühr. Es war sogar auch besonders betont, daß für sie keine ärarische Gebühre zu zahlen seien, ausgenommen natürlich die Mannschaft der Kaderabteilungen.<sup>16</sup> Nichtsdestoweniger gerieten die vom Heer keine Gebühr bekommenden Arbeiterabteilungen gleichzeitig selbst in zwei Arten der militärischen Abhängigkeiten, weil militärisch sie dienstmäßig unter die territorial zuständigen Kommandos des gemeinsamen Heeres geordnet wurden und in wirtschaftlich-administrativer Hinsicht sie zu den zuständigen Ersatzbataillonen der ungarischen Landesverteidigung gehörten. Das Landsturmabataillon der Arbeiter Nr. I war dem k. und k. (gemeinsamen) Kommando in Budapest untergeordnet und gehörte zum Wirtschaftsamt des Ersatzbataillons der (ungarischen) Landesverteidigung Nr. 1. Das Landsturmabataillon Nr. II der Arbeiter war eingeteilt zum k. und k. militärischen Kommando in Temesvár (Temeschburg) bzw. zu Ersatzbataillon Nr. 8 der (ungarischen) Landesverteidigung.<sup>17</sup> Diese „doppelte“ Unterordnung hatte aber notwendigerweise auch die Folge, daß der teils vielleicht aktivste aber tatsächlich keinen bewaffneten militärischen Dienst leistende Teil der ungarischen Arbeiterschaft auch unter die Jurisdiktion des Wiener (gemeinsamen) Kriegsministeriums fiel, obwohl die Aufstellung der einzelnen Arbeiterabteilungen formell von dem ungarischen Minister für Landesverteidigung verordnet wurde, im Einvernehmen mit dem zuständigen Ressortminister.<sup>18</sup> Eine Ausdehnung dieses Maßes der Rechte der Wiener

<sup>15</sup> Ht. L., H. M., Nr. 3750/1917. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 3156, sowie Ht. L., H. M. Nr. 1644/1917. eln. 4/a.

<sup>16</sup> Vgl.: Fn. 13.

<sup>17</sup> Vgl.: FN. 7.

<sup>18</sup> Vgl. Fn. 10.

militärischen Organe, besonders der maßlose Zuwachs der Zuständigkeit der Kriegsgerichte löste aber notwendig einen solchen Widerwillen in Ungarn aus, der Wirkung dessen sich selbst die Regierungsorgane des Landes sich nicht völlig entziehen konnten, ja sogar erhoben sie Einspruch in mehreren Fällen mit mehrerer oder weniger Entschiedenheit gegen die übermäßige Militarisierung, trauend in deren Milderung. Dies erhellt z. B. aus einem Schreiben des Handelsministers am 15 August 1917, woraus wir später — da es auch den tatsächlichen Zustand der geprüften Arbeiterabteilungen sehr anschaulich zeichnet — eingehend anführen werden.

Nach dem angeführten Schreiben des Handelsministers kann die Auffassung des gemeinsamen Kriegsministers, wonach die in den Kriegsindustriellen Fabriken in die Landsturmadteilungen ausgehobenen Arbeiter als Soldaten anzusehen seien, als eine ehrwürdige militärische Tradition betrachtet werden könne. Sie können deshalb nur also Soldaten behandelt werden, der einfachen Tatsache zufolge, daß sie militärischen Eid leisteten. Dies aber besteht — wie der Handelsminister erklärt — ausschließlich nur in der Theorie, denn:

1. Sie bekommen keine Schulung, die sie von anderen Arbeitern unterscheiden würde, weil die Mahnung auf die Folgen des Eides bei Menschen am meisten so niedriger Kultur nicht als solche angesehen werden kann, die mit der lange dauernden Erklärung und Einlernung der Dienstordnung gleiche Wirkung haben könnte,

2. in ihrer äußeren Erscheinung tragen sie kein militärisches Abzeichen, es soll deshalb damit rechnen, selbst wenn sie zur Verantwortung gezogen wurden, daß sie nicht unter der ständig warnenden Wirkung ihres militärischen Zustandes und im Bewußtsein dessen standen,

3. sie bekommen keine Art der militärischen Ausbildung, es wird über sie keine unmittelbare Disziplinierung durch Offiziere und Unteroffiziere ausgeübt und zwar wahrscheinlich deshalb, weil damit die ordentliche Arbeitszeit verkürzt werden sollte und außer der ordentlichen Arbeitszeit nur die Entziehung der Zeit des Arbeiters für das Schlafen und seiner unentbehrlichen Ruhezeit in Frage kommen könnte,

4. sie fühlen sich also selber nicht für Soldaten, umso weniger, weil durch das Soldatenleben sie keine Rechte genießen, sondern nur Pflichten. Somit erhalten sie weder eine Wohnung, noch Verproviantierung, noch Bekleidung unmittelbar vom Staate, mit diesen sollen sie sich selber versehen,

5. sie mögen Mitglieder der Gewerkschaften sein, während diese Mitgliedschaft für die ordentlichen Soldaten verboten ist.

Der Meinung des Handelsministers nach sei dieser letzte Unterschied so wesentlich, daß jedes unabhängige Gericht seine Konsequenzen weitgehend zugunsten der Arbeiter wägen sollte, wenn diese zu einem solchen Gericht gehörten. Die soziale Rechtsentwicklung ergibt sich aber praktisch nicht darin, daß eine der wichtigen Faktoren der Gesellschaft und der Volkswirtschaft, die Arbeiterschaft aus rein förmlichen Gründen vom ordentlichen Zivilgerichtshof abgezogen wird und ihr gegenüber der militärische Charakter betont wird, obwohl sie — mit der Ausnahme des Moments des Eides<sup>19</sup> — nie Soldat war betont die Zuschrift des Handelsministers.

Aber nicht nur der Handelsminister, sondern — auf seinen Antrag —

<sup>19</sup> Ht. L., H. M. Nr. 19 777/1917. eln. 4/a (Eine Kopie der Zuschrift des Handelsministers Nr. 62 245/1917).

die Regierung selber hat sich schon am 27 Juli 1917 auf einem solchen Standpunkt gestellt, demgemäß in den unter militärischem Befehl stehenden Betrieben, die aufgrund des § 18 des Kriegsleistungsgesetzes verpflichtet sind, ihren Betrieb fortzusetzen, oder deren Arbeiter in Landsturmabteilungen organisiert wurden, können die wichtigeren militärischen Maßnahmen nur mit dem Wissen, Einverständnis und der Direktion der ungarischen Regierung stattfinden. In dieser Richtung soll mit dem Kriegsminister ein vertrautes Übereinkommen erreicht werden, wozu nötigenfalls auch die Bestätigung Seiner Majestät auszubitten ist. Nach der Stellungnahme der Regierung sollte möglich die Inanspruchnahme der militärischen Gewalt auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen schon jedes Mittel des friedlichen Übereinkommens erfolglos erschöpft wurde. Eben deshalb könnte eine neue Militarisierung der Betriebe nur in höchster Not verordnet werden und wo sie schon verordnet wurde, sollte die Serie unter eine Revision gezogen werden.<sup>20</sup>

Das gemeinsame Kriegsministerium beantwortete aber die obige Stellungnahme mit einem solchen Verordnungsentwurf, der zwar gleichfalls betont, daß die Störungen zunächst mit Schlichtungsverhandlungen und Wohlwollen zu beseitigen seien, nichtsdestoweniger aber stellt er in Aussicht für den Fall der Erfolglosigkeit nicht nur die Einleitung des entsprechenden disziplinaren oder militärischen Strafverfahrens, sondern auch für den Fall eines Massenstreiks die Inkraftsetzung des Kriegsstandsrechts in den Arbeiterabteilungen. Wogegen aber der ungarische Ministerrat in seiner Sitzung am 10. August eine solche Stellung nahm, daß ohne die vorherige Kenntnis und des Einverständnisses der Regierung keine militärische Maßnahmen gegen die Streiker angewendet werden sollen. Der Ministerrat betonte, daß ohne dies er nicht in der Lage sei, eine verfassungsmäßige Verantwortung für das Regieren des Landes auf sich zu nehmen.<sup>21</sup>

Von ungarischer Seite hat man sich also in 1917 davor bewahrt, die sich mehr und mehr bestärkende Streikbewegungen ausschließlich mit militärischen Mitteln zu bezähmen. Anstatt dieser, oder mindestens neben diesen, haben sie lieber gewisse Einrichtungen für die Wohlfahrt der Arbeiter als begründet gesehen, umso mehr, weil die massenweise Vermehrung der Streike zunächst durch die mehr und mehr katastrophal gewordenen Mängel in Versorgung der Bevölkerung herbeigeführt wurde. Die daraufbezügliche Vorlage im Ministerium für Landesverteidigung wurde auch fertiggemacht und wurde vom Ministerrat bestätigt. In dieser hat der Minister für Landesverteidigung vorgeschlagen, einen Ausschuß oder nötigenfalls mehrere, dringend zu organisieren, dessen Aufgabe sei, alle die Bergwerk- und Hochofenbetriebe des Landes planmäßig zu begehen, sowohl auch diejenigen industriellen und anderen Betriebe, die durch den G. A. LXVIII v. J. 1912 verpflichtet sind, ihren Betrieb fortzusetzen. Nichtsdestoweniger sollen sie auch diejenigen Unternehmen begehen, die zwar nicht verpflichtet wurden, ihren Betrieb fortzusetzen, aber in denen Landsturmabteilungen der Arbeiter aufgestellt wurden oder in denen eine größere Zahl der ausgerückten Soldaten arbeitet. Im Laufe dieser Untersuchung sollen sie sich davon überzeugen,

1. ob eine erforderliche Quantität des Lebensmittelvorrates, eventuell der Bekleidungsartikel zur Verfügung stehen, und zwar für den Preis, den die

<sup>20</sup> *Iványi*: a. a. O. S. 268—269.

<sup>21</sup> *Ibid.*, S. 277, sowie *Hf. L.*, *H. M.*, Nr. 19 777/1917. eln. 4/a. (Zuschrift des Innenministers Nr. 27 688/1917. *B. M.* eln.)

Arbeiterschaft dafür zahlen kann, sowie ob diese Artikel den Arbeitern wirklich übergeben wurden,

2. ob die Löhne der Arbeiter in den gegenwärtigen Umständen ihrem Leben entsprechen, ob die Arbeiter daran nicht verhindert sind, sich zu der für ihrer Lohnverhältnisse organisierte Instanz, zum Klageausschuß des Arbeiterwesens wenden zu können, sowie besonders ob die hinkommandierten Soldaten und die in die Landsturmbataillonen der Arbeiter eingeteilten mit den übrigen Arbeitern gleich belohnt werden,

3. ob die sanitären Einrichtungen des betreffenden Betriebes entsprechend sind und ob die Arbeitszeit nicht für die Ausbeutung der Kraft der Arbeiterschaft und so letzten Endes nicht auf Schaden und Gefahr der ständigen Leistungsfähigkeit festgestellt wurden.

Der Ausschuß würde aber keine behördlichen Vorkehrungsrechte haben, sondern sein Rechtskreis würde sich der erwähnten Maßnahme gemäß nur darauf ausdehnen, daß der Ausschuß über die erfahrenen Mängel und Mißstände dem Minister für Landesverteidigung Bericht erstatten könne, damit der Mangel im Einverständnis mit den zu zuständigen Ministern sofort eliminiert werden kann.<sup>22</sup>

Ein neuerer Ministerratsbeschluß verfügte dann darüber, daß bis auf weiteres drei solche ministerialen Ausschüsse aufzustellen sind, auf deren Spitze ein von dem Minister für Landesverteidigung ernannte General oder Oberst steht, und ihre Mitglieder von den interessierten Ministern delegiert werden. Dieser Beschluß regulierte — dem Wesen nach den obigen entsprechend — auch den Aufgaben- und Wirkungskreis der erwähnten Ausschüsse.<sup>23</sup> Diese Maßnahmen waren aber verspätet und konnten auf die Ereignisse kaum eine fühlbare Wirkung mehr ausüben. In 1918 ist nämlich, wie bekannt, dem chronisch gewordenen Lebensmittelmangel und anderen kriegserischen Volksernährungsschwierigkeiten, sowie der Brutalität der Behörden, besonders der Brachialorgane zufolge die Streikbewegung weitergewachsen, obwohl ihre Niederbrechung die Betsitzer der Gewalt beinahe mit allen zu ihrer Verfügung stehenden Mitteln versucht hatten. Es sind z. B. die blutigen Ereignisse bekannt, die in Verbindung mit den Streik in der Maschinenfabrik der Ungarischen Staatsbahnen in Juni v. J. 1918 erfolgten, in denen die bewaffnete Intervention der Gendarmerie 4 Todesopfer und 19 verwundeten erforderte.<sup>24</sup> Und wegen des Streiks in der Munitionsfabrik in Csepel erkannte das k. und k. Divisionsgericht ung. 160 Eisendreher wegen Arbeitseinstellung als schuldig in Subordinationsverletzung und verurteilte sie zur Haft für 2—4 Monate, im März 1918.<sup>25</sup> Aber ähnliche Schritte werden auch in Resicabánya (Reschitza) getan, wovon 165 Vertrauensmänner wegen des Streikes zwischen 21 und 26 Mai in 1918 vor das Kriegsgericht in Temesvár (Temeschburg) gestellt wurden, deren Mehrheit aber nach der Ausführung des Beweisverfahrens in den Betrieb zurückgeschickt wurde.<sup>26</sup> Ein tragisches

<sup>22</sup> *Iványi*: a. a. O. S. 308—312.

<sup>23</sup> *Ibid.* S. 322—326.

<sup>24</sup> *Andics, Erzsébet*: A magyar munkásmozgalom az 1914—18-as világháború alatt (Ungarische Arbeiterbewegung während des Weltkrieges 1914—1918). Budapest, 1950, S. 40—42.

<sup>25</sup> *Ht. L., H. M.*, Nr. 8817/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 543. (Meldung des Kommandos der kng. ung. Landsturmbataillons der Arbeiter in Csepel, Nr. Kt. 399/1918.)

<sup>26</sup> *Ht. L., H. M.*, Nr. 18 351/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 543.

Ereignis spielte sich hingegen in Nyitrabánya (Neutrabergrwerk) ab, wo die Gendarmerie von den Arbeitern, die wegen Lebensmittelmangels demonstrierten, einen Mann mit Schuß und eine Frau mit Stich tödlich und außerdem noch drei Personen schwer und sechs Personen leichter verwundete. (Anderen Angaben nach war die Zahl der Verwundeten 11, außer den zwei Todesopfern.)<sup>27</sup> In Tatabánya wurden 463 Arbeiter gleichfalls den Streiken zufolge einberufen (dieses Verfahren wurde übrigens auch anderswo oft benutzt). Außerdem erforderte die Betriebsleitung auch das Einberufen von weiteren 50 Arbeitern, sowie die Zwangsräumung der Familienmitglieder der einberufenen Arbeiter auf dem Gebiet des Betriebs. Das Militärkommando zu Pozsony (Preßburg) hat aber dieses Verlangen als unbillig und deshalb unerfüllbar qualifiziert.<sup>28</sup> Es erfolgten aber ähnliche blutige Ereignisse, wie in Nyitrabánya hingegen in Somsálybánya und Farkaslyuk, im Laufe des Streiks der Arbeiter am 10. April 1918; als die Gendarmerie ihre Waffen gebrauchte. Das traurige Ergebnis war hier: 2 tote und 6 verwundete Arbeiter, sowie zwei verwundete „Wächterburschen“.<sup>29</sup> Eben so beweist die Brutalität der Gendarmerie auch der in Februar 1918 in der Hauptwerkstatt der ungarischen Staatsbahnen ausgebrochene Streik. Dies war damit verursacht, daß von den durch die Gendarmen mißhandelten Arbeitern — gemäß der Meldung des Befehlshabers der Arbeiterabteilung „zwei liegen selbst heute noch krank und einer von ihnen wurde angeblich taub“.<sup>30</sup>

In anderen Fällen sind die Befehlshaber der Arbeiterabteilungen selber gegen die ihrer Disziplinargewalt untergeordneten Arbeitern unmenschlich aufgetreten. Es war ein Befehlshaber der Arbeiterabteilung, der einen 15 Jahre alten Arbeiter zweimal mit einem 5 bzw. 6 Tage langen verschärften Arrest züchtigte. Und als der ältere Bruder des Arbeiters es ihm aufwarf, hat er ihn ähnlicherweise mit einem 10 Tage langen verschärften Arrest gestraft. Dieser Befehlshaber behandelte die ihm anvertraute Arbeiter auch übrigens mit übermäßiger Härte, so daß von den ung. 1200 Arbeitern waren 20—25 ständig mit Arrest gestraft.<sup>31</sup> Und es war von einem anderen Befehlshaber einer Arbeiterabteilung von den ihm untergeordneten Arbeitern gesagt, daß er die Petitionen und Klagen nicht übernehme, und die zum Verhör geordneten ohne irgend eine Prüfung einsperre und ihre Löhne für diese Zeit abziehe.<sup>32</sup>

Es war auch ein Befehlshaber einer Arbeiterabteilung, der für eine angebliche Streikshetze 11 Arbeiter mit einem 21 Tage langen verschärften Arrest züchtete und danach sie einberufen hat, obwohl der dann gültigen Dienstordnung gemäß (Teil I, § 87, Punkt 657) der verschärfte Arrest nur mit einem 15 Tage Inhalt und nur auf die Mannschaften ohne Dienstgrad gestimmt werden konnte.<sup>33</sup> Ja sogar wurden selbst die unter eine militärische Disziplin nicht unterziehbaren weiblichen Arbeiter gemäßregelt, wo dazu eine

<sup>27</sup> Ht. L., H. M., Nr. 18 650/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 543.

<sup>28</sup> Ht. L., H. M., Nr. 20 459/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 543, sowie *ibid.*: Kopie mit der Signatur: Zur Nr. 20 459 eln. 4/a, H. M.

<sup>29</sup> Ht. L., H. M., Nr. 8508/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 543.

<sup>30</sup> Ht. L., H. M., Nr. 3445/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 543 (Kgl. Ung. 19-te Lansturmkompagnie der Arbeiter Nr. 270/1918. Dienstzettel. Kopie).

<sup>31</sup> Ht. L., H. M., Nr. 9044/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 195 (Zuschrift des Regierungskommissars der Kohlenangelegenheiten, Nr. 1617/1918, beiliegend, aber registriert unter Nr. H. M. 6498/1918. eln.).

<sup>32</sup> Ht. L., H. M. Nr. 12 991/1917. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 12 991.

<sup>33</sup> Ht. L., H. M., Nr. 8751/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 543.



gelegenheit war. Der Oberstuhlrichter in Kispest hat nämlich erlaubt, daß die Betriebsleitung die unter seine disziplinarische Zuständigkeit geordneten weiblichen Arbeiter der Munitionsfabrik in Csepel anstatt 4 Kronen bis dann mit einer Ordnungstrafe bis zu 20 Kronen strafen könne. Er hat außerdem erlaubt, daß die Leitung ohne seine vorhergehende Zustimmung einige weibliche Arbeiter vom Betrieb zwangsweise heraussetzen könne, wenn dies aus disziplinarischen Ursachen nötig ist und er beharrte nur auf seine nachträgliche Information in den erwähnten Angelegenheiten, sowie darauf, daß die Arbeiter ein Beschwerderecht haben.<sup>34</sup> Die oben angeführten und die ihnen ähnlichen Maßnahmen erwiesen aber sich — laut Angaben der bekannten Ereignissen als ungeeignet zur Brechung des Widerstandes der Arbeiterschaft und um den dann schon schnell reifenden revolutionären Bewegungen vorzukommen. Ja sogar hatten sie sicherlich eine nicht zu verlässigende Rolle — natürlich zusammen mit anderen, ähnlich bedeutenden und bekannten Kriegsfaktoren — darin, daß im Oktober 1918 die bourgeois-demokratische Revolution „mit Asten“ in Ungarn siegte und daß im März 1919 die Diktatur des Proletariats, die ungarische Räterepublik proklamiert wurde.

<sup>34</sup> Ht. L., H. M., Nr. 19 296/1918. eln. 4/a, Pos. Nr. 4, Grund-Nr. 786. (Zuschrift des Oberstuhldichters des Bezirkes Kispest, Nr. 11 212/1918. Kig., der Leitung der Munitionsfabrik Weiss Manfred in Csepel. Kopie.)



## Fortleben römischer Rechtsinstitute im ungarischen Bodenrecht

Es scheint Anachronismus zu sein, das Fortleben einiger römischen Rechtsinstitute im ungarischen Bodenrecht zu untersuchen, in einer Zeit, wenn das Bodennutzungsrecht im sozialistischen Recht nicht nur als Institut des Eigentumsrechts an Grund und Boden, sondern auch als selbständiges Institut erscheint. Trotzdem sind wir der Meinung, und nicht allein aus Traditionalismus, daß die modernisierten Anwendungsmöglichkeiten mancher römischen Rechtsinstitute beachtenswert sind.

Angesichts des begrenzten Umfanges dieser Studie kann es nicht unser Ziel sein, die untersuchten Institute in ihrer geschichtlichen Entwicklung darzulegen. Die Aufgabe ist an das Thema — vor allem aus dem Aspekt der Bodenrechtstheorie und Bodenrechtspraxis unserer Tage, ferner aus dem der positiven Regelung des Bodenrechts — heranzukommen.

Schlägt man das Lehrbuch „Römisches Recht“ von Róbert Brósz—Elemér Pólay auf, ist nun unter dem Stichwort „Überbaurecht“ folgendes zu lesen: „superficies bedeutet ein Pachtverhältnis oder aufgrund anderer causa (Digesta 43, 18. 1. 1. — Ulpianus) bestehendes Verhältnis an einem Bau der auf dem Grundstück jemandes anderen steht, das ‚in rem‘ Schutz (D. 43. 18. 1. 3. — Ulpianus) genießt, und das lange Zeit hindurch, höchstens aber bis zur Vernichtung des Baus dem Rechtsinhaber bzw. seinen Rechtsnachfolgern zusteht. Der Bau auf dem Grundstück gehört dem Prinzip ‚superficies solo cedit‘ (Gaius 2. 73.) entsprechend dem Eigentümer des Grundstückes (D. 43. 18. 2. — Gaius). Der Rechtsinhaber des Überbaurechtes ist aber doch fast Eigentümer. Er hat den Bau unbeschränkt zu nutzen, darüber zu verfügen, sein Nutzungsrecht zu veräußern, zu vererben.“<sup>1</sup>

Professor Pólay's Auffassung nach lassen sich die Wurzeln der Generalklausel von Gaius auf das Zwölftafelgesetz zurückzuführen (Tafel VI. 7.). Die Generalklausel lautet wie folgt: „*Praeterea id. quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit*“, d. h. läßt jemand auf dem Grundstück des Grundinhabers einen Bau im eigenen Namen errichten, hatte also keine Ahnung davon, daß das Grundstück nicht sein Eigentum bildet, so geht der Bau doch in das Eigentum des Grundstückseigentümers, da „*superficies solo cedit*“, d. h. der Bau zum Bestandteil des Grundstückes wird.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Brósz, Róbert—Pólay, Elemér: Római jog. (Römisches Recht.) Tankönyvkiadó. Budapest, 1974. S. 270—271.

<sup>2</sup> Pólay, Elemér: Historische Interpretation der Generalklauseln im römischen Recht. KLIÖ (DDR—Berlin) 67/II. (1985). S. 528—535.

Mit der Übersicht sollte man am Ende des 19. bzw. am Anfang des 20. Jahrhunderts beginnen. Um die Institutionen des sozialistischen Zivil- und Bodenrechts verstehen zu können ist der Rückblick wenigstens innerhalb eines solchen Intervalles notwendig.

Überblickt man die Anschauungen der charakteristischen Vertreter des alten ungarischen Privatrechts zu diesem Thema nur oberflächlich in zeitlicher Reinenfolge, so muß man auch eine Tendenz der unkonsequenten Geltendmachung klassischer Thesen wahrnehmen. In Bálint Kolozsváry's Buch, geschrieben um die Jahrhundertwende, ist eine anschauliche Formulierung des Begriffs Akzession und der Entstehungsgründe ihres Zusammenhanges mit anderen Sachen zu lesen. Laut dieser Begriffsbestimmung: „Akzession ist eine Sache, die mit einer anderen Sache in einen Zusammenhang geriet, wodurch sie zu deren Bestandteil wird.“ Die Entstehungsgründe dieses Zusammenhanges betreffend ließ er bewegliche Akzession beweglicher Sachen und bewegliche Akzession unbeweglicher Sachen, ferner unbewegliche Akzession unbeweglicher Sachen unterscheiden.<sup>3</sup> Für uns sind die Fragen der zweiten Gruppe interessant, darunter auch die mechanischen Akzessionen. Es ist allgemeinbekannt, daß im Falle des Bauens, der Bebauung (*in-aedificatio*) von künstlich errichteter beweglicher Akzession der beweglichen Sache die Rede ist.

Kolozsváry — sich auf das Österreichische Zivilgesetzbuch (ABGB) bezogen — stellt fest, daß sich die Regeln der Eigentumsänderung im Falle der Babauung demnach unterscheiden lassen, ob jemand auf seinem eigenen Grundstück mit eigenem Baumaterial, auf fremdem Grundstück mit eigenem Baumaterial, auf eigenem Grundstück mit fremdem Baumaterial, auf fremdem Grundstück mit fremdem Baumaterial bauen läßt. In dem ersten und dritten Fall erstreckt sich das Eigentum auch auf die errichtete Akzession, im zweiten Fall meldet sich eventuell die Entschädigungspflicht des Grundstückinhabers. Wenn aber jemand mit eigenem Baumaterial auf fremdem Grundstück baut, ist es zu unterscheiden, ob der Grundstückseigentümer von den Bauarbeiten Bescheid wußte oder nicht. Wußte der Grundstückinhaber nicht von den Bauarbeiten, ändert sich sein Eigentum mit dem Bau als Akzession (der Bauherr kann im allgemeinen nur auf die nützlichen und notwendigen Kosten im Zusammenhang mit den Bauarbeiten Anspruch haben). Wußte der Grundstückinhaber Bescheid, ließ aber die Bauerbeiten nicht sofort abstellen und der Bauherr ist gutgläubig vorgegangen, geht der Bau samt dem bebauten Grundstück in das Eigentum des Bauherrn, mit Bezahlungspflicht des bebauten Grundstückwertes. Soweit das in Haupt- und Nebensachenverbindung der beweglichen und unbeweglichen Sache nur durch Verbesserung oder auf organischen Wegen, durch den Saat fremder Kerne oder durch Anbau fremder Pflanzen (*satio, plantatio*) erfolgt, kommt die bewegliche Akzessio dem Eigentümer zu.<sup>4</sup>

Die Verfasser der in Ungarn in den 50-er Jahren erschienenen Werke (z. B. Károly Szladits, Lajos Tóth) ließen das am Anfang des Jahrhunderts gestaltete Bild nicht besonders anders.<sup>5</sup> Endre Nizsalovszky argumentiert vor

<sup>3</sup> Kolozsváry, Bálint: A magyar magánjog tankönyve. (Lehrbuch des ungarischen Privatrechts.) Polizer Zsigmond és fia könyvkereskedése. Bp. 1904. S. 368—370.

<sup>4</sup> Kolozsváry, Bálint: a. a. O. S. 370.

<sup>5</sup> L. Szladits, Károly: Magyar magánjog tankönyve. (Lehrbuch des ungarischen Privatrechts.) Grill Károly Könyvkiadó Vállalata. Bp. 1930. S. 109—110. Tóth, Lajos: Magyar magánjog. (Dologi jog.) (Ungarisches Privatrecht — Dingliches Recht.)

allem für die Erweiterung des Erbbaurechts wenn er sagt, die Existenzberechtigung des Erbbaurechts wird aus wirtschaftlichem und sozialem Gesichtspunkt immer selbst von jenen Rechtssystemen anerkannt, in denen die *superficies* des römischen Rechts als ein verwaltendes Institut eher aus ehrfürchtigen Gesichtspunkten aufrechterhalten wurden.<sup>6</sup> Er setzte die Herausbildung des Erbbaurechtsinstitutes in Ungarn auf Ende des 19. Jahrhunderts und läßt das durch Bestimmungen der Rechtsnorm beweisen. Beachtenswert ist seine Bemerkung, daß dem Erbbaurecht zwei große Vorteile zuzuschreiben sind: erstens ist es ein wirksames Mittel gegen die Grundstückspekulation, zweitens ein gutes Mittel zur Erhöhung der Anzahl Eigentumswohnungen.

Im allgemeinen ist es zu bemerken, daß — wie es auch von Gyula Eörsi festgesetzt wird — im Hauptsache-Ersatzteil-Zubehör — Verhältnissystem der wirtschaftliche Zusammenhang die Grundlage bildet, und der Zweck dieser Rechtsnormen, die sich auf dieses Verhältnissystem beziehen, vor allem die volle Nutzungssicherung an der Hauptsache seitens des Eigentümers ist. Zugleich muß man aber auch sehen, daß im Verhältnis der Hauptsache-Ersatzteil-Zubehör der Entwicklung der Produktionskräfte entsprechend und gemäß der Ansprüche der Klasseninteressen die alten Verhältnisse zerfallen sind und völlig neuartige Verbindungen entstanden.<sup>7</sup>

Nach der Bodenreform im Jahre 1945 hat sich die Lage in Ungarn stark verändert. Das Privateigentum an Boden und das darauf gebaute System der Privatbodennutzung ist zerfallen und danach entstanden die Institutionen des sozialistischen Eigentums an Boden und die der Bodennutzung. Wie bekannt, gab es früher in Ungarn kein Zivilgesetzbuch. Das Zivilgesetzbuch der Volksrepublik Ungarn (Gesetz Nr. IV. vom Jahre 1959, ZGB [PTK]) ist am 1. 5. 1960 in Kraft getreten, in dem die Eigentumsformen bestimmt wurden: staatliches, genossenschaftliches, persönliches und Privateigentum. (Nach der Modifizierung des Zivilgesetzbuches durch das Gesetz Nr. IV. vom Jahre 1977 ist auch das assoziative Eigentum erschienen, da die wirtschaftenden Organisationen das staatliche und Genossenschaftseigentum durch Assoziation mit einer Rechtspersönlichkeit vereinigen können.) 1953 wurde das Bodenrecht zu einem selbständigen Rechtszweig des sozialistischen Rechtssystems erklärt, so ließ das Bodenrecht die Verhältnisse des Eigentums an Boden und die der Bodennutzung regeln. Da das Eigentum an Boden einen Teil des Eigentumsystems bildet, entstand nach Verabschiedung des Zivilgesetzbuches eine eigenartige Situation, daß die zivilrechtlichen und bodenrechtlichen Rechtsnormen auf einander aufgebaut, sich ergänzend erscheinen, und die letzteren vor allem die Bodennutzungsverhältnisse, die keinen Warencharakter besitzen, regeln lassen.

Darauf mußte hingewiesen werden, weil das Fortleben, die Gestaltung der römischen Rechtsinstitute im weiteren vor allem aus dem Aspekt der bodenrechtlichen Regelung analysiert wird, und erst dann wird auf das

Debrecen sz. Királyi Város és a Tiszántúli Református Egyházkerület Könyvnyomda Vállalata. 1930. S. 127—129.

<sup>6</sup> *Nizsalovszky, Endre*: Dologi jog. Magyar Magánjog (Főszerkesztő: Szladits Károly). Harmadik füzet. (Dingliches Recht. Ungarisches Privatrecht. Hauptredakteur: Szladits Károly. Drittes Heft.) Grill Károly Könyvkiadó Vállalata. Bp. 1939. S. 371—372.

<sup>7</sup> *Eörsi, Gyula*: A tulajdonjog fejlődése. A kapitalizmus tulajdonjoga II. köt. (Entwicklung des Eigentumsrechts. Eigentumsrecht im Kapitalismus Bd. 2.) Jogi és Államigazgatási Könyv- és Folyóiratkiadó. Bp. 1951. S. 229—243.

Rechtssystems des Zivilrechts hingewiesen, wenn auf die Frage im Bereich des Bodenrechts keine Antwort zu finden ist.

Des Ausgangspunkt bildet selbstverständlich das Zivilgesetzbuch, da mit der Modifizierung vom Jahre 1977 herausgegebene Einzelmotivierung es für notwendig hält, die allgemeine Regel zu behalten, wonach das Grundstück und das Eigentumsrecht an den Bau derselben Person gebührt. Der Geltungsbereich dieses Prinzips ist aber in mehreren Hinsichten enger geworden. Man sollte nun die Möglichkeiten der einzelnen Eigentumsformen überblicken.

Gemäß § 128. Abs. 2. des Zivilgesetzbuches ist das Eigentumsrecht an ein staatliches oder genossenschaftliches Eigentum durch Bebauung nicht zu erwerben und es kann darauf durch Bebauung auch kein Miteigentum entstehen. Im Falle der genannten Eigentumsformen ist die Geltung des Prinzips *superficies solo cedit* aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen von vornherein ausgeschlossen.

Im Zusammenhang mit dem Privateigentum an Boden von Privatnutzung der Bürger sowie mit dem Boden in persönlichem Besitz gilt gerade das Prinzip *superficies solo cedit*: Wenn jemand auf fremdem Boden baut, ohne dazu berechtigt gewesen zu sein, erwirbt der Grundeigentümer das Eigentumsrecht an das Bauwerk; ist aber verpflichtet, seine Bereicherung dem Bauherrn zu bezahlen (Zivilgesetzbuch § 137. Abs. 1.). Die Strenge dieser These wird durch die Regeln aufgelöst, wonach:

— das Gericht kann auf Antrag des Grundeigentümers den Bauherrn verpflichten, das Grundstück oder — falls das Grundstück teilbar ist — den entsprechenden Teil des Grundstückes zu kaufen;

— wenn der Bauherr nicht böswillig war, oder wenn der Grundeigentümer gegen die Bauung nicht in einer Zeit protestierte, als die Herstellung des Originalzustandes dem Bauherrn noch keine unverhältnismäßige Schaden hätte zukommen lassen, so hat der Bauherr das Eigentumsrecht an das Grundstück, bzw. das Eigentumsrecht an einen entsprechenden Teil des Grundstückes erworben, vorausgesetzt, daß das Wert des Bauwerkes wesentlich größer ist als das des Grundstückes bzw. des entsprechenden Grundstücksteiles. (Auf Antrag des Grundstückseigentümers kann das Gericht auch feststellen, daß dem Bauherrn nur das Eigentumsrecht an den Bau zukommt: in diesem Falle gebührt das Bodennutzungsrecht dem Bauherrn, das bis zum Bestand des Baus erhalten bleibt.);

— wenn jemand einen das Eigentum eines anderen bildenden Baus erweitern, hinzu- oder umbauen läßt, oder wenn sich auf dem fremden Grundstück ein Bauwerk befindet, entsteht durch die Bebauung — mangels abweichender Vereinbarung der Parteien — ein Miteigentum. (Zivilgesetzbuch §. 137, Abs. 1., 2.)

Wenn dem Bauherrn das Eigentum an das Grundstück, bzw. das Eigentum an den entsprechenden Teil des Grundstückes zukommt, ist er natürlich verpflichtet, dessen Verkehrswert dem Grundeigentümer zu ersetzen; wenn aber der Bauherr Bodennutzungsrecht hat, ist er verpflichtet für die Bodennutzung Gegenwert zu bezahlen. (Zivilgesetzbuch § 138. Abs. 1.)

Es ist bekannt, daß ein überwiegender Teil des Bodens im Privateigentum von den landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften (Fachgenossenschaften) benutzt wird. Das Nutzungsrecht der Produktionsgenossenschaft hat auf das genannte Prinzip Auswirkung. Das Mitglied der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft (=LPG) ist nämlich verpflichtet, den Boden in seinem Eigentum, ferner den Boden eines mit ihm in gemeinsamen

Haushalt lebenden Familienmitgliedes, den Boden in Nießbrauch oder aber aufgrund sonstiger Rechtstitel von ihm genutzten Boden der Produktionsgenossenschaft zuzubringen, mit der Ausnahme des Bodens im persönlichen Eigentum oder des Bodens im staatlichen Eigentum, der der beigetretenen Person oder ihrem Familienmitglied zur Nutzung zugelassen wurde.<sup>8</sup> Die landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft hat aber hinsichtlich des in ihrem Eigentum oder aufgrund sonstigen Titels ihr zur Nutzung überlassenen Bodens, Besitz- und Nutzungsbefugnis, ferner — in gesetzlichen Rahmen — auch Verfügungsbefugnis.<sup>9</sup> Aus diesem Beziehungssystem ergeben sich zwei grundlegende aber eigenartige Situationen. Erstens: durch das Bodennutzungsrecht der Produktionsgenossenschaft wird zwar das Privateigentum des Genossenschaftsmitgliedes im Prinzip nicht berührt (nicht aufgehoben), läßt aber den Inhalt des Privateigentums an Boden verändern. Das Privateigentum an Boden wird formell, inhaltlos. Daraus folgt: wenn die Genossenschaft auf dem Boden im Privateigentum eines ihrer Mitglieder aufbauen läßt, kauft sie den Boden nicht (für die Bodennutzung bezahlt sie Bodenrente), und im Falle der Bündigung des Mitgliedschaftsverhältnisses sind die Erbfolger des ausscheidenden bzw. verstorbenen Mitgliedes im Laufe der Bodenablösung (der Boden des ehemaligen Mitgliedes geht mit Pflichtablösung in das Eigentum der LPG, ausgenommen wenn die Erbfolger Genossenschaftsmitglieder sind) zu keiner Entschädigung befugt. Der Grund dafür ist, daß die landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft den Boden im Privateigentum ihrer Mitglieder zwar registrier (in der Registrierung stehen ideeller Teil des Eigentümers, Bodenqualität, Babauungszweig), das Verfügungsrecht des Eigentümers gebührt der Produktionsgenossenschaft als Nutzer. Verfügungsrecht des Mitgliedes erscheint aber als Rechtsverhältnisinhalt des Genossenschaftsmitgliedes, das in Kollegialbeschlüssen realisiert werden kann.

Zweitens: das Bodennutzungsrecht der Genossenschaft ist so stark, daß dadurch auch das Aufbaurecht auf dem Boden im Privateigentum des Genossenschaftsmitgliedes geschwächt wird. Es ist hier zu erwähnen, daß angesichts der persönlichen Hofwirtschaft im Eigentum des Genossenschaftsmitgliedes — laut Regeln des Zivilgesetzbuches — das Prinzip *superficies solo cedit* geltend ist. In diesem Falle sind nämlich Boden- (Grundstück-) und Baueigentümer gleich, die beiden stehen in eigentumsrechtlicher Einheit. Anders ist der Fall, wenn das Genossenschaftsmitglied keinen Boden in persönlichem Eigentum hat, oder wenn er bodenlos der Genossenschaft beigetreten war und den Boden von der Genossenschaft bekommen hat.

Im erstgenannten Fall geht es darum, daß der beigetretene Genossenschaftsmitglied zwar Privatbodeneigentümer ist, doch das Einbeziehen seines Bodens in die gemeinsame Wirtschaft ermöglicht ihm nicht, auf seinem eigenen Boden zu bauen. Im zweiten Falle hat das beigetretene Genossenschaftsmitglied den Boden weder im persönlichen noch im Privateigentum. Theoretisch besteht kein Hindernis dafür, daß das Mitglied auf dem von der Genossenschaft erhaltenen Boden in seiner persönlichen Hauswirtschaft bauen läßt, aber das Prinzip *superficies solo cedit* kann auch hier nicht zur Geltung

<sup>8</sup> A mezőgazdasági termelőszövetkezetekről szóló 1967. évi IV. törv. 12. § (1) bekezdése. (§ 12. Abs. 1. des Gesetzes Nr. IV vom Jahre 1967 über die Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften.)

<sup>9</sup> A földtulajdon és a földhasználat továbbfejlesztéséről szóló 1967. évi IV. törvény 12. § (1) bek. (§ 12. Abs. 1. des Gesetzes Nr. IV vom Jahre 1967 über die Weiterentwicklung des Grundeigentums und der Bodennutzung.)

kommen. Befindet sich nämlich die persönliche Hofwirtschaft im Eigentum der Genossenschaft oder des Staates, ist das genannte Prinzip des Gesetzes wegen ausgeschlossen, wenn der zugelassene Boden das Eigentum eines anderen Genossenschaftsmitgliedes bildet, so wird das Prinzip durch die Tatsache des Bodeinbringens nicht geltend, wenn aber die zugelassene persönliche Hauswirtschaft auf dem vom Genossenschaftsmitglied eingebrachten Boden ist, hat das Prinzip ad absurdum auch keine Bedeutung, da doch der Boden im Falle der Beendigung des Mitgliedschaftsverhältnisses (abgesehen von den genannten Fällen) in das Eigentum der Genossenschaft geht. In den genannten Fällen werden Eigentums- und Nutzungsrecht getrennt. Das heißt, im Falle des Aufbaus geht der Bau in das persönliche Eigentum des Genossenschaftsmitgliedes, und abgesehen von der Eigentumsrechtsform bleibt das Bodennutzungsrecht an Boden erhalten. Es ist eine andere Frage, daß die Tauschmöglichkeit in der Praxis bekannt ist. Dementsprechend ist z. B. — im Rahmen der Rechtsregeln — der nicht bebaute Boden im persönlichen Eigentum gegen einen Boden in der Hauswirtschaft, der das Eigentum eines anderen Genossenschaftsmitgliedes bildet, der Genossenschaft aber zu Nutzung überlassen wurde und so gegen einen von der Genossenschaft zugelassenen Boden in der Hauswirtschaft auf dem Genossenschaftsmitglied aufbauen läßt, wertproportional zu tauschen. Dieses Prinzip gilt theoretisch auch für diejenigen, die in die Produktionsgenossenschaft bodenlos beigetreten sind, später aber sich einen Boden der Privateigentumskategorie erworben haben. (Die Mitglieder der Produktionsgenossenschaft können während ihres Mitgliedschaftsverhältnisses Boden im Privateigentum erwerben, z. B. durch Kauf, Schenkung, Erbschaft usw., der erworbene Boden ist aber der Produktionsgenossenschaft zur gemeinsamen Nutzung zu geben.)

Es kommt zu einer eigenartigen Situation, wenn der Aufbauer auf dem Privatgrundeigentum in persönlicher oder Privatnutzung dar Staat, die Genossenschaft bzw. irgendeine wirtschaftliche Vereinigung (z. B. ein gemeinsames Unternehmen, Vereinigung usw.), oder eventuell ein Verein ist. Der genannte § des Zivilgesetzbuches (§ 138. Abs. 2.) rechnet mit dem Staat als Aufbauer, wenn es ermöglicht wird, dem Grund- (Boden-) eigentümer einen entsprechenden Boden anzubieten, anstatt ihn zu kaufen, läßt aber das Aufbaurecht der vorhin genannten juristischen Personen nicht regeln. Daraus kann nur folgen, daß in diesen Fällen die allgemeinen Regeln des Zivilgesetzbuches geltend sind. Von den genannten juristischen Personen der vorangehenden anzüglichen Aufzählung sind nur die landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften und Fachgenossenschaften in der Lage, im Falle eines Aufbaus dem Grundinhaber Bodentausch anbieten zu können — in Betracht auf Boden im Genossenschaftseigentum oder in gemeinsamer Nutzung.

Wir müssen auf die eingehende Schilderung des Baurechtes (*superficies*) verzichten, da wir nur die Absicht hatten, das Institut darzustellen. Im ungarischen Bodenrecht ist nämlich — unserer Meinung nach — Mitte der 70er Jahre eine sehr eigenartige Mischung des Baurechtes (*superficies*) und die Erbpacht (*emphyteusis*) entstanden: die Dauerbodennutzung. (Sei es bemerkt, daß nach der Modifizierung des Zivilgesetzbuches vom Jahre 1977 die praktische Geltung des Prinzips *superficies solo cedit* weiter eingeschränkt wurde, die Fälle des geteilten Eigentums sind gestiegen, vor allem durch die Dauerbodennutzung.)

Das andere Institut des römischen Rechtes, die Erbpacht (*emphyteusis*)



blieb im ungarischen Privatrecht ebenfalls erhalten. Es genügt, sich auf den bekannten Privatrechtswissenschaftler Endre Nizsalovszky zu berufen, der den Begriff ‚Erbpacht‘ plastisch darstellt, wenn er sagt: „laut des ungarischen Rechts ist die Erbpacht ein Recht, das nur hinsichtlich von Immobilien herzustellen ist, das unter Lebenden veräußert werden kann, ein die Sukzession und den Belastungsinhalt bildendes beschränktes dingliches Recht, dessen Berechtigten der Besitz und die Nutzung der belasteten Sache, die Ernte und sonstiger Nießbrauch ohne Beschädigung des Grundstückszustandes, ansonsten aber hinsichtlich der Größe unbeschränkt für einen im voraus festgesetzten Zeitraum gebührt.“<sup>10</sup>

Es ist interessant, daß die beschränkten dinglichen Rechte zur Nutzungsberechtigung des Grundstückes auch in der Gerichtspraxis vor 1945 beschränkt wurde. So wurden Erbbau-, Erbpachtrechte von Gerichten nur unter Bedingung zugelassen, wenn das Rechtsverhältnis von den Parteien für einen dem Kalender nach festgesetzten Zeitraum errichtet wurde.<sup>11</sup>

Die genannten Rechtsinstitute haben nach 1945 ihre auch früher nicht hervorragende Bedeutung verloren, um dem Erbpachtrecht (genauer gesagt: dem unentgeltlichen Erbpachtrecht) Spielraum zu räumen. In Ungarn wirtschaften die landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften auf Boden in ihrem Eigentum, der von ihren Mitgliedern, sowie vom Staat und den sozialistischen Organisationen zur Nutzung überlassen und ausnahmsweise nach Regeln des Zivilrechts gepachtet wurde. Dabei wird der Boden im staatlichen Eigentum betont. Und zwar deshalb, weil die ersten landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften zu bedeutendem Teil auf Boden im staatlichen Eigentum (auf staatlichem Bodenfonds) gegründet worden sind, den sie zum unentgeltlichen Erbpacht benommen haben. Obwohl die landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften zu einer bestimmten Zeit den ihnen zur Nutzung überlassenen staatlichen Boden für einen symbolischen Kaufpreis lösen (kaufen) konnten, befinden sich auch heute noch 3,6 Prozent des gemeinschaftlichen Bodens im Eigentum des Staates. Der Eigentumserwerbsprozeß (1968—1969) der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften wurde gerade durch die Verordnung mit Gesetzeskraft über die Dauerbodennutzung Nr. 33. vom Jahre 1976 gestoppt, mit der Ausnahme, daß: „Boden im staatlichen bzw. genossenschaftlichen Eigentum darf nicht in das Eigentum von Privat- bzw. juristischen Personen gegeben werden — wenn das Gesetz nichts anderes vorschreibt.“ Das unentgeltliche Erbpachtrecht ist im Zusammenhang mit dem staatlichen Boden also auch heute noch vorhanden, es lebt vor allem in der Relation der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften weiter. (Bei der anderen Form der Genossenschaft, bei der Fachgenossenschaft ist dieses Nutzungsrecht befristet und entgeltlich.)

Schon des besseren Verstehens wegen sollte man vor der kurzen Zusammenfassung der Dauerbodennutzung als Rechtsinstitut die Gestaltung der Zusammenhänge zwischen Grundeigentum-Bodennutzung in den letzten 40 Jahren überblicken.

Der in der ersten Zeitperiode (1945—1967) formulierte wirtschaftliche Anspruch ist: die Erhebung des Nutzungsrechtes vom Inhalt des Privatbodeneigentums und dessen Zulassung den entstehenden verschiedenen Genos-

<sup>10</sup> Nizsalovszky, Endre: a. a. O. S. 354.

<sup>11</sup> Villányi, László: A magyar magánjog rövid tankönyve. (Kurzes Lehrbuch des ungarischen Privatrechts.) Grill Károly Könyvkiadó Vállalata Bp. 1941. S. 195.

senschaftsformen und -typen auf solche Weise, daß das bauerliche Privatbodeneigentum erhalten bleibt; zu gleicher Zeit soll aber auch das staatliche Bodeneigentum wachsen und bekräftigt werden. In dieser Zeitperiode ist im Zusammenhang mit diesen beiden Bodeneigentumsformen (Bodeneigentums-system) ein kompliziertes Bodennutzungssystem entstanden. Unmittelbar nach Beendigung der massenhaften Kollektivisierung wurde die Notwendigkeit formuliert, daß das Eigentum des Genossenschaftsmitgliedes sowie das des Bürgers, der in keinem Mitgliedschaftsverhältnis steht /z. B. der Boden des Bürgers ist im Laufe der Anordnung der bebauten Bodenflächen in gemeinsame Nutzung der Genossenschaft gekommen) zum Zweck des gemeinsamen Wirtschaftens der Produktionsgenossenschaft so zu sichern ist, als ob es das Eigentum der Genossenschaft bilden würde. Dieses Ziel war so zu erreichen, daß das Eigentumsrecht an Boden nicht verändert wird. Diese Bodenflächen kamen katastral nicht in das Eigentum der Genossenschaft, das Subjekt des Eigentumsrechtes betreffend kam es zu keiner Veränderung. Es kam zu einer Lösung, wobei im Interesse der Privatbodennutzung durch die Produktionsgenossenschaft die beiden Rechtsinstitute der Bodennutzung mit gleichem Inhalt gestaltet bzw. gefüllt werden mußten. Die beiden Rechtsinstitute der Bodennutzung sind einerseits die genossenschaftliche Bodennutzung aufgrund des genossenschaftlichen Mitgliedschaftsverhältnisses, andererseits das genossenschaftliche Pachtverhältnis.<sup>12</sup>

Imre Seres, der Bahnbrecher der Theorie des ungarischen Bodenrechtes ließ durch glänzende Argumente beweisen, daß das Rechtsinstitut des genossenschaftlichen gemeinschaftlichen Gutes — das zwar unter den Entwicklungsbedingungen der ungarischen Genossenschaftsbewegung notwendigerweise entsanden ist — geeignet ist, den gesamten Vermögensfonds der gemeinsamen Genossenschaftswirtschaft auf einer vermögensrechtlichen. Ebene zusammenzufassen, die neben dem genossenschaftlichen Eigentumsrecht all die abgeleiteten Rechtstitel erfaßt, wonach die zum genossenschaftlichen gemeinsamen Vermögen gehörenden Besitzstücke (so auch der unter irgendein Rechtstitel in ihrer Nutzung befindlicher Boden) so benutzt werden, als wäre sie dessen Eigentümer. Anders gesagt: das Institut des genossenschaftlichen gemeinsamen Vermögens läßt durch Rechtsmittel die Produktionssicherheit der kollektiven Wirtschaft sichern.<sup>13</sup> Er warf den Gedanken auf, das genossenschaftliche Erbnutzungsrecht als selbständiges Rechtsinstitut zu gestalten, ließ ihn aber dann fallen, weil in diesem Rechtsinstitut nur jene Bodenflächen Platz haben, die nicht das Eigentum der Genossenschaft bilden, andererseits hat er schon damals den Gedanken formuliert, bezüglich der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften die Einheit zwischen sozialistischem Bodeneigentum und der Bodennutzung herzustellen. Diesen Gedanken formulierte er — den Anspruch und die Möglichkeit erweitert — wie folgt: es ist eine allgemeine wirtschaftliche Gesetzmäßigkeit, daß sich das Bodeneigentum nach der Wirtschaft auf diesem Boden richten muß, so ist die sozialistische Einheit zwischen Bodeneigentum- und Bodennutzung zu verwirklichen.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Siehe eingehend Seres, Imre: A mezőgazdasági termelőszövetkezeti tulajdonról. (Über das Eigentum der Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften.) Akadémiai Kiadó, Bp. 1968.

<sup>13</sup> Seres, Imre: a. a. O. S. 180.

<sup>14</sup> Seres, Imre: Földtulajdoni és földhasználati viszonyaink 30 éves szocialista fejlődéséről. (Über die 30 jährige sozialistische Entwicklung unserer Grundeigentums- und Bodennutzungsverhältnisse) Jogtudományi Közlöny, 1975. Nr. 3—4. S. 168.

Es besteht kein Zweifel, daß das Prinzip der Einheit zwischen Grundeigentum und Bodennutzung in Ungarn mit der Entstehung des Grundeigentums der Genossenschaften im Zusammenhang stand, später aber war es erwünscht, dieses Prinzip durch Rechtsnormen nicht nur bezüglich der gemeinschaftlichen Boden der Genossenschaften, sondern auch im Verbindungssystem der staatlichen Wirtschaftsorgane und der persönlichen Grundeigentum- und Bodennutzung der Bürger geltend zu machen.

Ein charakteristischer Zug der zweiten Zeitperiode (1968—1975) ist das Bestreben nach verhältnismäßiger Einheit des Grundeigentums und der Bodennutzung. Das ließ sich in der Ausbreitung des genossenschaftlichen Grundeigentums (z. B. auf Grund des Ablösungsrechtes, d. h. des Eigentumserwerbsrechtes im Zusammenhang mit dem von der Produktionsgenossenschaft genutzten staatlichen Boden und dem Boden der von der Produktionsgenossenschaft ausgeschiedenen Mitglieder) in der Erweiterung des Warenverkehrs des staatlichen Bodens, in der Anregung der Bürger, damit sie sich persönliches Grundeigentum erwerben, zeigen. In dieser Zeitperiode war aber die innere Spannung zu fühlen, die im Zusammenhang mit dem Primatus des staatlichen Grundeigentums entfesselt war und die die Grundlage der nächsten Zeitperiode schaffen ließ.

Der Beginn der zweiten Zeitperiode (1975) ist mit der politischen Deklaration eng verbunden, die besagt: „anfangs ist es zu beschränken, später aber zu beseitigen, staatlichen Boden zu verkaufen, statt dessen ist der Boden den Bürgern zur Miete oder zur Nutzung zu geben“.<sup>15</sup> Nach dieser Programmdeklaration wurde der schon erwähnte Rechtsvorschrift über die Dauerbodennutzung erlassen, der — wie gesagt — nicht nur den Warenverkehr des staatlichen sondern auch den des Bodens im genossenschaftlichen Eigentum zurückgedrängt hatte. Es wäre eier Studie wert, diejenige Tendenzen zu beschreiben und zu werten, die einerseits die bodenrechtliche Rechtsschaffung der 70er Jahre kritisieren, andererseits aber die Neuformulierung politischer Entscheidungen aufwerfen ließen, aber in immer größerer Zahl sind Studien über den Warencharakter des Bodens, über die Bodenwertung, über das Erscheinen des Nutzungsrechtes als Ware vorhanden — um nur die wichtigsten Gebiete zu charakterisieren; und schließlich ist in wenigen Jahren mit einem neuen Bodenkodex zu rechnen.<sup>16</sup> Gerade deshalb

<sup>15</sup> A Magyar Szocialista Munkáspárt XI. Kongresszusa. (XI. Kongreß der Sozialistischen Arbeiterpartei Ungarn.) Kossuth Könyvkiadó, Bp. 1975. S. 201.

<sup>16</sup> Zu dem im Text genannten Thema siehe: eingehend: *Tanka, Endre*: Az állami szocialista földtulajdonjog kutatásának néhány elméleti alapkérdése. (Einige theoretische Grundfragen der Forschung des staatlichen sozialistischen Bodeneigentumsrechts.) *Jogtudományi Közöny* 1978. Nr. 12. S. 754—765. *Nagy László*: A szocialista földhasználat szabályozásának néhány alapkérdése. (Einige Grundfragen der Regelung der sozialistischen Bodennutzung.) *Közgazdasági Szemle*. 1979. Nr. 11. S. 1323—1337. *Tanka, Endre*: A termőföld értéke és használati értéke a szocialista mezőgazdaságban. (Wert der Ackererde und das Nutzungswert in der sozialistischen Landwirtschaft.) *Jogtudományi Közöny*, 1980. Nr. 12. S. 841—851. *Petrik, Ferenc*: Tulajdonjogunk ma. (Unsere Eigentumsrecht von heute.) *Magyar Jog* 1981. Nr. 10. S. 865—879. *Seres, Imre*: A szociális földhasználat és földtulajdon néhány kérdése. (Einige Fragen der rationellen Bodennutzung und des Bodeneigentums.) *Allam és Igazgatás*, 1981. Nr. 12. S. 1077—1083. *Nagy, László*: Az új földtörvény néhány elméleti kérdéséről. (Über einige theoretische Fragen des neuen Bodengesetzes.) *Magyar Jog*. 1982. Nr. 5. S. 397—403. *Seres, Imre*: A társadalmi földtulajdonjog fejlesztésének lehetőségei. (Entwicklungsmöglichkeiten des gesellschaftlichen Grundeigentumsrechtes.) *Jogtudományi Közöny*, 1982. Nr. 5. S. 402—412. *Vékás, Lajos*: Az állampolgári tulajdon elvi kérdései. (Prinzipielle Fragen des Eigentums

— bei dem Thema geblieben — sollte man nur das Rechtsinstitut der Dauerbodennutzung überblicken (zu mehr besteht ja auch keine Möglichkeit).

Das Rechtsinstitut der Dauerbodennutzung hat in Ungarn nur eine Verangewandtheit von 10 Jahren.

Auf seinen Entstehungsgrund hingedeutet kann man sehen, daß es von der Öffentlichkeit von Anfang an mit Vorbehalten aufgenommen wurde, und das selbst durch den widersprechenden Charakter des Institutes der Dauerbodennutzung noch verstärkt wurde. Zuerst sollte man das Wesen dieses Institutes erläutern.

In der Zeitperiode zwischen 1975—1983 wurden die Rechtsregeln über die Dauerbodennutzung mehrfach modifiziert, nicht aber das Wesen des Institutes. Die Rechtsregeln vom Jahre 1983 deuteten schon auf keine konzeptionelle Änderung.<sup>17</sup> Das alles betrachtet wird durch die Dauerbodennutzung etwa der Rechtsstatus des Bodennutzers gewährleistet. Es gibt zwei Formen der Dauerbodennutzung: die mit Bauzweck und mit Anbauzweck. Zum Bauzweck ist nur ein Grundstück, zum Anbauzweck ein landwirtschaftlich nutzbarer Grund zur Dauernutzung zu geben, die großbetrieblich nicht genutzt werden können. Staatlicher Grund kann von einem durch die Rechtsregel berechtigten staatlichen Verwaltungsorgan, ein genossenschaftlicher Grund von der Genossenschaft dem zur Eigentumserwerb berechtigten Privatperson oder juristische Person zur Dauernutzung bzw. zur gemeinsamen Nutzung gegeben werden. Zum Erwerben des Dauerbodennutzungsrechtes ist die Eintragung dieses Vertrages in das Grundstücksregister notwendig. (Die dem Eigentum ähnliche Erwerbsweise macht das Bodennutzungsrecht von dinglicher Geltung.)

Die Dauernutzung kommt darin zum Ausdruck, daß sie im Falle des Bauens eines Wohnhauses oder Ferienhauses bis zum Bestehen des Baus, aber mindestens 50 Jahre hindurch im Falle der landwirtschaftlichen Produktion 30 Jahre lang garantiert ist. (Im letztgenannten Fall geht es auch darum, daß der Grund für Anbauzweck bis zum Bestehen der zur Produktion nötigen Errichtungen — angepflanzte Kultur, Bau usw. — aber wenigstens für 30 Jahre in Dauernutzung gegeben werden kann.)

Der in Dauernutzung genommene Boden ist bestimmungsgemäß zu nut-

der Staatsbürger.) Jogtudományi Közlöny, 1982. Nr. 5. S. 388—394. Egri, Antal: A földködex néhány gyakorlati kérdése. (Einige praktische Fragen des Bodenkodexes.) Állam és Igazgatás, 1983. Nr. 1., 3. S. 23—32., 224—236. Arady, Béla: Az állampolgári földhasználat elvi kérdése. (Prinzipielle Fragen der Bodennutzung von Staatsbürgern.) Állam és Igazgatás, 1983. S. 504—515. Koronczi, Miklós: A személyi és magánföldtulajdon, valamint a tartós földhasználat néhány kérdése. (Einige Fragen des persönlichen und Privatbodeneigentums und der Dauernutzung.) Állam és Igazgatás, 1984. Nr. 1. S. 69—76. Tanka, Endre: Földárújelleg — földtulajdoni rendszer — szociális földhasználat. (Warencharakter des Bodens — Bodeneigentumssystem — soziale Bodennutzung.) Jogtudományi Közlöny, 1984. Nr. 7. S. 389—400. Szita, László: A tartós földhasználatról. (Über die Dauernutzung des Bodens.) Magyar Jog, 1984. Nr. 12. S. 1050—1055.

<sup>17</sup> Gesetzesverordnung Nr. 33 vom Jahre 1976. modifiziert durch die Gesetzesverordn. Nr. 33. vom Jahre 1979; die gemeinsame Verordnung EVM—PM—IM Nr. 5/1977 (28. 1.) wurde durch die Gesetzesverordn. Nr. 29/1977 (27. 10.), Nr. 17/1980. (1. 8.), Nr. 27/1980. (10. 12.); die gemeinsame Verordnung MEM—EVM—PM—IM Nr. 6/1977 (28. 1.) durch die Gesetzesverordnung Nr. 29/1979 (30. 12.); die gemeinsame Verordnung MÉV—EVM—IM Nr. 27/1979 (30. 12.) durch die gemeinsame Verordnung MEM—EVM—IM Nr. 9/1981 (28. 5.) modifiziert. Die Gesetzesverordnung Nr. 21/1983 ließ die gemeinsame Verordnung EVM—PM—IM, sowie die gemeinsame Verordnung MEM—EVM—PM—IM Nr. 19/1983 (16. 106.) modifizieren.

zen, die mit der Dauernutzung verbundenen Lasten hat der Grundnutzer zu tragen. Zugleich befinden sich aber die auf dem in Dauernutzung genommenen Grund rechtsgemäß errichteter Bau, Gebäude, Einrichtung, Ausrüstung Bewachung und Ertrag im Eigentum des Dauernutzers. Das Dauernutzungsrecht ist — unter rechtlichen Einschränkungen übertragbar und der Vererber des Bodennutzers ist zur Fortsetzung der Dauernutzung berechtigt, wenn im Todesfall des Bodennutzers das Dauernutzungsrecht laut der Erbfolgerechtsvorschriften dem Vererber gebührt. Es ist aber nötig, als eine allgemeine These zu betonen, daß eine Privatperson auf einem Grundstück für Bauzwecke und für Anbauzwecke bis zu den erwerbaren Grundeigentumswerten (persönliches Grundeigentum) (800, 1500, 3000, 6000 m<sup>2</sup>) Dauernutzung erwerben kann; und das Grundeigentum und Dauernutzung — bei Anwendung der Vorschriften des Eigentumserwerbes — zusammen zu berechnen sind.

Im Zusammenhang mit dem Dauernutzungsrecht ist zum Schluß auch die Beendigungs- und Entziehungsmöglichkeit zu erwähnen. Abgesehen von der genauen Taxation ist die Dauernutzung mit Ablauf des im Vertrag festgesetzten Termins, mit Verzicht, mit dem Tod des Bodennutzers mangels Vererbers, oder wenn dieser auf die Fortsetzung der Dauernutzung verzichtet und mit Enteignung des Bodens sinngemäß beendet; zu einer Entziehung kommt es aber, wenn der Bodennutzer seines vertraglich übernommenen Pflichtes aus eigener Schuld — trotz wiederholter Mahnung — nicht erfüllt.

Die skizzenhafte Darlegung der Dauernutzung diene dem einzigen Zweck, das Wesen des Rechtsinstitutes, das zwar in legierter Form aber doch die Zeichen der Rechtsinstitute der Erbpacht und des Erbbaus trägt, klarzustellen.

Die Kritiken im Zusammenhang mit diesem Rechtsinstitut sind nach wie vor seitens des Eigentümers schärfer. Es gibt nichts Neues unter der Sonne, gerade Endre Nizsalovszky hat das Erbbaurecht im Wesentlichen einerseits als qualifizierter Fall des Erbpachtrechtes aufgefaßt, andererseits wies er aber darauf hin, daß die Systematisierung der Regeln des Erbpacht- und Erbbaurechtes die durch die Gerichtspraxis nicht anerkannte (dem damaligen Rechtsauffassung widersprechende) „geteiltes Eigentum“-Kategorie hinderte.<sup>18</sup>

Wie auf dem Gebiet des sozialistischen, vor allem aber des staatlichen Eigentums über die Struktur des staatlichen Eigentumsrechts und des Betriebseigentumsrecht diskutiert wurde, hing die Diskussionsgrundlage auf dem Gebiet der Nutzungsrechte beim Boden im Staats- und Genossenschaftseigentum mit der Bodennutzung der Bürger zusammen, die aber die sozialistischen Eigentumsformen nicht betraf. Vertritt man den Standpunkt, daß die Dauernutzung durch Bürger auch ohne Verminderung des staatlichen Bodens gesichert werden kann, und zwar auf jene Weise, daß es der Nutzungs- und Produktionssicherheit des Bürgers tadellos dient, so kann sich dieses Rechtsinstitut — selbst beim Behalten der alten Formen — von seinen noch notwendigerweise vorhandenen Kinderkrankheiten erholen — vor allem durch Erschaffung des einheitlichen, das System des Grundeigentum und der Bodennutzung umfassenden Bodenkodexes.

<sup>18</sup> Nizsalovszky, Endre: a. a. O. S. 353—354.



## Die historische Rechtsschule und die Gestaltung des ungarischen Privatrechts im 19. Jahrhundert

Den Gegenstand dieser Abhandlung bedanke ich den Vorarbeiten zu meinem Artikel für Coing's Handbuch über Quellen und Literatur zur Geschichte des ungarischen Privatrechts im 19. Jahrhundert. Nach dem gegebenen Arbeitsplan<sup>1</sup> mußte ich mich mit den Kodifikationsbestrebungen ausgesprochen befassen.<sup>2</sup> Aus dem reichen Material, welches sich zur Bearbeitung bietet, möchte ich mich mit zwei Teilfragen beschäftigen, die einerseits wegen ihrer Beziehung zur deutschen Rechtswissenschaft, zur Auswirkung der historischen Rechtsschule in unserem Rechtsgebiet, ein Interesse des deutschen Rechtshistorikers beanspruchen können, die auch anderseits, meiner Meinung nach, von unserer Rechtsgeschichte bisher schematisch und daher falsch beurteilt wurden.<sup>3</sup>

Es wird den Anhängern der historischen Rechtsschule in Ungarn, als deren ersten man Ignaz Frank, einen ihrer letzten Imre Zlinszky betrachtet,

<sup>1</sup> Wilhelm, Walter: Quellen und Literatur der europäischen Privatrechtsgeschichte im 19. Jahrhundert — ein Arbeitsplan, Ius Commune IV 1972.

<sup>2</sup> Das Thema wurde auch schon in deutscher Sprache, unter verschiedenen Aspekten behandelt, welche zwar dem gesetzten Arbeitsplan nicht entsprechen, aber von mir eingehend und in vielem zur Grundlage genommen werden können. Siehe Mádl, Ferenc: Das erste ungarische Zivilgesetzbuch — das Gesetz IV vom Jahre 1959 — im Spiegel der Geschichte der zivilrechtlichen Kodifikation, im „Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien“, Bp. 1963. Sammelband „Die Entwicklung des Zivilrechts im Mitteleuropa (1848—1944)“ herausgegeben von Csizmadia, Andor und Kovács, Kálmán, Bp. 1970. Csizmadia, Andor: Ungarische Zivilrechtliche Kodifikationsbestrebungen im Reformzeitalter. Vortrag am Rechtshistorikertag zu Krems, 1974 Handschrift. Kovács, Kálmán: Anfänge der Bestrebungen zur Schaffung eines zivilrechtlichen Kodex in Ungarn in den Jahren 1866—1877 (Vortrag am Rechtshistorikertag zu Krems 1974) Budapest 1974. Pólay, Elemér: Ein Versuch zur Kodifizierung des ungarischen Erbrechts im 19. Jahrhundert, Vortrag am Rechtshistorikertag zu Krems, 1974, ung. in AUSz Tom XXI Fasc. 4 1974. Pólay, Elemér: A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára (Die Pandektistik und ihr Einfluß auf die ungarische Privatrechtswissenschaft) Ac. Un. Szeg. Tom. XXIII. Szeged, 1976. und der Vortrag desselben über Ignaz Frank am 21. Deutschen Rechtshistorikertag in Linz, 1976. Bernáth, Zoltán: Die Bedeutung der historischen Rechtsforschung in der Kodifikation und der Gesetzgebung, Vortrag am Rechtshistorikertag zu Krems, 1974, Handschrift. Horváth, Pál: Die wichtigsten Wirkungsgebiete der Aufklärung im ungarischen Rechtsdenken, und Thieme, Hans: Die deutsche historische Rechtsschule und ihre ausländischen Jünger, im Sammelband „Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum J 1848, Ac. Fac. Jur. Univ. Com. Bratislava 1968.

<sup>3</sup> Diese Abhandlung wurde vorgetragen am 21. Deutschen Rechtshistorikertag in Linz, 1976.

vielfach vorgeworfen, daß sie in der ersten Hälfte des Jahrhunderts gegen die bürgerliche Umgestaltung eingestellt waren, in der zweiten Hälfte für meistmögliche Beibehaltung feudaler Institutionen eintraten, also in Frage der Rechtsentwicklung reaktionär eingestellt waren. Ich meine, daß beide Vorwürfe noch einer eingehenderen Untersuchung harren.<sup>4</sup>

Sehen wir kurz die Tatsachen.<sup>5</sup>

Schon um die Jahrhundertwende 18—19 finden sich Schriftsteller, Dichter, Nationalökonomie, Gelehrte, die ungarischen Jakobiner genannt, die die bürgerliche Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit propagieren wollen. Einige jungen und begabten Juristen sind unter ihnen gewesen,<sup>6</sup> ihre Mehrheit war nicht rechtskundiger, als ein Adeliger oder Litterat des Zeitalters sein sollte. Aus der Gedankenwelt der französischen Revolution ausgehend fordern sie „ein neues Bürgerliches Gesetzbuch, als Grundlage des Justizwesens“.<sup>7</sup>

Um diese Jahrhundertwende des 18—19 Jahrhunderts, als der bürgerlichen Entwicklung in Ungarn diese ersten Fürsprecher entstanden, besaß Ungarn ein eigenes geschriebenes Zivilrecht. Dieses war nicht einheitlich, sondern feudal gegliedert, allgemein als *ius consuetudinarium* bezeichnet. Neben dem Rechtsbuch Werbőczy's, *Opus Tripartitum Iuris consuetudinarii Regni Hungariae*<sup>8</sup> besaß Siebenbürgen seine eigenen Gesetzbücher;<sup>9</sup> die Rechte der städtischen Bürger, sowohl die Regelung von Handel und Geldgeschäften waren in den Stadtrechten, im *Codex Tavernicalis*, und in dem königlichen Erlaß für Fiume zu finden.<sup>10</sup> Es bestand bei etwaiger Modernisierung des heimischen Rechtes die Möglichkeit, nach Bedarf für das herrschende feudale Adelsrecht die Ergänzung aus dem städtischen Rechtsgebiet zu schöpfen, und die Rechtswissenschaft hatte — auf den Spuren der Judikatur — diesen Weg frei benutzt. In den Rechtsbüchern der Jahrhundertwende findet sich eine Verschmelzung der verschiedenartigen Institutionen und damit ein komplettes System des heimischen Rechts nach Einteilung

<sup>4</sup> Jüngstens versucht unsere Rechtsgeschichte Ignaz Frank dieser Einstellung zu entziehen, indem man seine Zugehörigkeit zur historischen Rechtsschule bestreitet. Hierzu den zitierten Vortrag Pólay Elemérs, ferner Nizzalovszky, Endre: Frank Ignác, a jogtörténeti iskola — és a szabadságharc (Ignaz Frank, die historische Rechtsschule und der Freiheitskrieg, Bp. 1974).

<sup>5</sup> Es ist immer schwierig, wenn man ausländischen Lesern über ungarische Rechtsentwicklung berichtet, bei der Auseinandersetzung der Tatsachen den richtigen Maß zu finden, da sie zum Verständniß der Schlüsse nötig und einerseits in der heimischen Literatur vielfach schon bearbeitet, anderseits aber dem Ausländer doch meistens fremd seien. Für etwaige Mitteilung bekannter Tatsachen bitte ich um Nachsicht, auch will ich keineswegs den Eindruck machen, alles hier verarbeitete sei von mir erforscht worden.

<sup>6</sup> Makkai, László: Die ungarischen Jakobiner, in Die Geschichte Ungarns, red Pamlényi, Ervin Bp. 1971, p. 247 ff. Bónis, György: Hajnóczy József, Budapest, 1971.

<sup>7</sup> Martinovics Ignác: Entwurf einer neuen für Ungarn bestimmten Konstitution, abgefaßt 1793, § XCVIII, veröffentlicht bei: A magyar jakobinusok iratai (Schriften der ungarischen Jakobiner) Budapest, 1957 p. 897 ff. Besprochen bei Csizmadia op cit, Beér, János (Csizmadia, Andor: Történelmünk a jogalkotás tükrében (Unsere Geschichte im Spiegel der Rechtsgestaltung) Budapest, 1966.

<sup>8</sup> Facsimile Ausgabe mit Einführung Bónis, György's in Mittelalterliche Gesetzbücher Europäischer Länder in Facsimiledrucken herausg, Wolf Armin, Bd II Glashütten (Taunus 1971).

<sup>9</sup> Schuler v Libloy, Friedrich: Siebenbürgische Rechtsgeschichte I—III Hermannstadt, 1854.

<sup>10</sup> Steeger, Johann v.: Darstellung der Rechte und rechtlichen Gewohnheiten der königlich freien Städte in Ungarn I—II, Wien 1834.



des Pandektenrechts, welches die Praxis benutzen konnte, ohne nach dessen Ursprung zu fragen.<sup>11</sup>

Eine derartige Entwicklung des *lex fori* sowie der Wissenschaft waren freilich keineswegs dazu geeignet, die Standesunterschiede der feudalen Gesellschaft aufzuheben. Dies konnte nur auf konstitutionellem Wege geschehen. Doch die regierenden Schichten des Adels wurden durch die Praktik der *fraternité* der französischen Revolution von Reformen abgeschreckt. Die von dem Reichstag in 1792 begonnenen Gesetzesreformversuche wurden schnell eingestellt. Der erste ungarische Handelsrechtsbuchentwurf wurde bis 1826 nicht veröffentlicht.<sup>12</sup> Auch das Erscheinen des ABGB wirkte in Ungarn nicht besonders anregend. Gegen Schwierigkeiten im Handel der Länder Österreichs und der ungarischen Krone hatte man die als zeitliche Remedie gedachte Lösung beibehalten, insofern seit 1792 es zugelassen wurde, vertraglich für Geschäfte die Giltigkeit des österreichischen Rechtes und die Kompetenz der österreichischen Gerichte auch für Ungarn festzusetzen.<sup>13</sup>

Die Mängel des Rechtswesens wurden im ersten Viertel des 19. Jahrhunderts immer mehr offenbar. Nationalökonomisch geschulte Adelige wurden die neuen Fürsprecher der gesellschaftlichen Umgestaltung. Sie hielten die Reformen vom Standpunkte der Agrarproduktion und des bürgerlichen Lebensstandards aus für unumgänglich notwendig, und hielten einen langsamen Weg der Städtebildung, der bürgerlichen Entwicklung für Ungarn für nicht mehr möglich. Somit wurde die Parole „Kodifikation eines bürgerlichen Rechtes“ in Ungarn die Parole des aufgeklärten Adels und nicht des Bürgerstandes, welcher sein eigenes Recht besaß, dem durch die Bahn der Honoratioren praktisch alle Wege zur sozialen Erhebung frei standen (inbegriffen der Erwerbung von Adelsgütern), und dessen begüterten Mitgliedern die Erwerbung von Adelsprivilegien in Ungarn besonders großzügig ermöglicht wurde.<sup>14</sup>

Graf István Széchenyi, der große Staatsmann der ungarischen Reformperiode und sein Freund aus Siebenbürgen, Baron Miklós Wesselényi, haben den Kampf für die freie Wirtschaft, für bürgerliche Gleichheit, für Modernisierung der Gesellschaft eröffnet.<sup>15</sup>

Ihr Wunsch: „Neun Zehntel Werbőczy's müssen ins Feuer, bevor die Reformen möglich wären“, ist zu verstehen, da sie einerseits keine Juristen sind, und die Möglichkeit zur Modernisierung des Privatrechts durch Verallgemeinerung der städtischen Rechtssätze ihnen ganz fremd bleibt, andererseits stehen ihnen die Schranken ihrer eigenen feudalen Vorrechte hindernd für

<sup>11</sup> Kövy, Alexander: *Elementa iurisprudentiae Hungaricae, Cassoviae* 1800; Kelemen, Imre: *Institutiones iuris privati Hungarici I—III Pestini*, 1814; Szlemenics, Pál: *Elementa iuris civilis Hungarici I—II Posonii* 1817; Frank, Ignác: *Principa iuris civilis Hungarici*, Pestini 1829.

<sup>12</sup> *Codex cambio-mercantilil pro regno Hungariae partibusque eidem adnexis In tres partes divisus. per regnicolarem juridicam deputationem articulo 67. 1791 ordinatam elaboratus*, Posonii 1791, Ed 1826.

<sup>13</sup> GA 17. 1792.

<sup>14</sup> Horváth, Róbert A.: *Die Ansichten ungarischer Volkswirte über die Notwendigkeit einer Zivilrechtskodifikation in der Reformperiode 1790—1848*, Vortrag am Rechtshistorikertag zu Krems, 1974, Handschrift.

<sup>15</sup> Sarlós, Márton: *Széchenyi István és a feudális jogrend átalakulása* (I. Széchenyi und die Umwandlung des feudalistischen Rechtssystems) Budapest 1960. Csizmadia, Andor: *Széchenyi István törekvései a feudális jogrendszer átalakítására* (Die Bemühungen I. Széchenyi's zur Umgestaltung des feudalistischen Rechtssystems) Budapest 1968.

die reformatorische Tätigkeit im Wege. Széchenyi hat es sogar durch eigene Erfahrung erlebt, daß sein Ersuchen nach Kredit bei wiener Bankhäusern abgelehnt wurde, trotz seiner erstklassig verwalteten Liegenschaften: es ist nämlich in mehreren Fällen vorgekommen, daß die ungarischen Komitatsgerichte die Urteile der nach dem GA 17:1792 für Vertragsfälle zuständigen österreichischen Gerichte gegen verschuldete Adligen einfach nicht vollzogen hatten, die Bankhäuser also für Kredite nicht genügend Sicherheit in Ungarn erhalten konnten.<sup>16</sup>

Die Reformgedanken der Volkswirtschaftler wurden für den Reichstag von einem großen Juristen des mittleren Adels, dem späteren Justizminister Ferenc Deák formuliert.<sup>17</sup> Er sagte: „Verbesserungen, gesetzliche Neuerungen seien zu wenig; man muß prinzipiell vorstoßen und das Gerät einer Bürgerlichen Gesetzgebung formen; nachher könne man mit der legislativen Kleinarbeit beginnen.“<sup>18</sup>

Es war ihm klar, daß die Probleme nicht im Privatrecht, sondern im öffentlichen Recht verankert sind: die Grundgesetze müssen bürgerlich werden.

Von Seite der praktizierenden Berufsjuristen, von den Richtern und noch mehr von den Rechtsanwälten wurden die Reformgedanken begeistert aufgenommen. Diese hatten die meisten Schwierigkeiten wegen des veralteten Prozeßwesens und sie hatten auch Vorstellungen über die möglichen Verbesserungen. Mit Wort und Feder traten sie für die Reformgesetze, für die Erneuerung der Rechtssprechung, für den mündlichen Prozeß, für die Freiheit der Verteidigung, für das Handelsrecht europäischen Niveaus, kurz für Alles ein, was ihrer Erfahrung nach bisher gefehlt hat. Aus den Reihen dieser Berufsjuristen tritt der größte politische Redner und der erfolgreichste Parteiführer der Reformperiode Lajos Kossuth hervor. Sein Kampf für die Konstitutions- und Wirtschaftsreform fand den stärksten Widerhall, der je einem Staatsmann in Ungarn zu Teil wurde.<sup>19</sup>

Die Rechtswissenschaft hielt sich in Bezug auf diese Reformbewegungen eher in abwartender, dem durchgreifenden Reform nicht zugetaner Stellung. Nicht, als ob die Männer der Theorie für die Mängel des Rechtswesens kein Auge gehabt hätten! Wir haben schon angedeutet, daß die juristischen Handbücher, die Lehrbücher der Universität und der Hochschulen seit längerer Zeit auf dem Wege waren, die Lücken und Mängel des feudalen Privatrechts, besonders im Obligationen- und Handelswesen, durch Aufnahme von Sätzen des städtischen oder des Gemeinen Rechtes, sogar manchmal des ABGB, wie folgendes Beispiel es auch beweist, zu ergänzen.<sup>20</sup> Dies wäre im materiellen

<sup>16</sup> Hóman, Bálint—Szekfű, Gyula: Magyar történet (Ungarische Geschichte) Bd VII. p 72 ff über die Fälle der Bankhäuser Arnstein und Eskeles, sowie Stonetz & Co mit dem Grafen Anton Grassalkovich, auch mit den Grafen Festetich und Hadik, die Schulden über 3.000.000,— nicht zurückzahlen konnten bzw. wollten, und infolge der Erfahrung in 1828 István Széchenyi's Ersuchen für ein Kredit von 10.000,— Ft zurückgewiesen wurde.

<sup>17</sup> Sarló, Márton: Deák Ferenc és az úrbéri földtulajdon az 1832—1836-i országgyűlésen (Franz Deak und die Frage des urbarialen Grundeigentums vor dem Reichstage 1832—36) Bp. 1971.

<sup>18</sup> Csizmadia op cit in Note 2.

<sup>19</sup> Mádl, Ferenc: Kodifikation des ungarischen Privat- und Handelsrechts im Zeitalter des Dualismus, p 96 in Sammelband, Die Entwicklung op zit N. 2. Andics, Erzsébet: Kossuth en lutte contre les ennemis des réformes et de la révolution, Budapest, 1954.

<sup>20</sup> Dies zumeist in Beziehung auf das materielle Recht, nicht auf das Prozeßrecht. Siehe dazu Sarló, Márton: A magyar jobbágytelkek tulajdoni viszonyai

Recht durchaus möglich gewesen, und so wurde von ihnen die Notwendigkeit einer umstürzenden umfassenden Reform im Privatrechtsgebiet nicht als für unumgänglich gehalten, im Gegenteil zu den sich meist über die Prozeß- also Verfahrensrechtliche Seite äüßern den Politikern. Die Theoretiker machen die Distinktion zwischen Reformen staatsrechtlicher und privatrechtlicher Art. Als von der Regierung ernannte Beamten hatten sie sich nicht in den Kampf gemischt, welcher für die Umgestaltung der Grundgesetze auf politischem Plattform geführt wurde. Sie waren jedoch bereit, nach Verschwinden der Standesunterschiede und Vorrechte die nötig Umgestaltung des Privatrechtes auch ohne besondere fremde Beispiele lösen zu wollen.

Der bedeutendste unter diesen Theoretikern war eben der schon erwähnte und in unserer Rechtsgeschichte vielfach umstrittene Ignaz Frank, der ein System des ungarischen Privatrechts im Sinne der historischen Rechtsschule knapp vor dem Zeitpunkte konstruierte,<sup>21</sup> wo die politische Entwicklung die Reforme zu einer radikalen Lösung brachte. Ich möchte die bisher allgemein außer Acht gelassene Tatsache feststellen, daß Ignaz Frank nicht der einzige Jünger Savignys in Ungarn war, sondern daß diese Gedanken der historischen Rechtsschule auch bei anderen Vertretern der Privatrechtswissenschaft in derselben Periode erscheinen, ohne daß sie auf die Reform des Zivilrechts in reaktionärer Richtung einzuwirken erzielt hätten.<sup>22</sup>

Als ersten möchte ich dabei Johannes Jung erwähnen, der Professor für ungarisches Privatrecht und allgemeines Bergrecht an der Wiener Universität, für ungarisches Privat- Sraf- und Staatsrecht an der Maria-Theresianischen Rechtsakademie gewesen ist.<sup>23</sup> In seinem Werke 1828 veröffentlicht bearbeitet er das Personenrecht in System des ABGB, aber nach Sätzen des ungarischen Rechts. Im Vorworte seines Werkes macht er deutlich den Unterschied zwischen dem, was das Privatrecht nach ABGB bedeutet, ein allgemein gültiges Recht für die private Lebenssphäre, und was das Privatrecht im Auge der ungarischen Reforme sei, nämlich die Zusammenfassung aller adeliger Vorrechte und Feudalrechte.<sup>24</sup>

Dem Autor liege es am Herzen, den ungarischen Rechtsgelehrten den

---

1848 elött (Eigentumsverhältnisse des ungarischen Frongutes vor 1848) Szeged 1959, und die Werke zit. in. N. 11.

<sup>21</sup> Nizsalovszky, Endre: Frank Ignác — a jogtörténeti iskola — és a szabadságharc (F. I. — die historische Rechtsschule und der Freiheitskrieg) Budapest 1974; Horváth, Pál: Egyetemtörténeti tanulmányok (Universitätsgeschichtliche Studien) Budapest 1973.

<sup>22</sup> Vergl. Bencsik, Josephus: Repertorium iuris publici privati et criminalis Hungariae, Pestini 1821 — Cziráky, Antal Mózes: Disquisitio historica de modo consequendi summum imperium in Hungaria, Budae 1820 — Cziráky, Antonii Moysis: Ordo historiae juris civilis Hungarici, Pestini 1794 — Bartal, György: Commentariorum ad historiam status iuris publici Hungariae aevi medii libri 15 Posoni 1847.

<sup>23</sup> Jus Personarum privatum Regni Hungariae secundum systema Codicis Civilis Imperii Austriaci elaboratum per Joannem a Jung, Viennae 1828.

<sup>24</sup> „Systema Jus privatum elaborandi duplex est; alterum Jura privata omnium civitatis commembrorum, quin statum nativitatem, aetatem religionem vel condicionem personarum respiceret, docet; alterum cum respectu qualitatis personarum, utpote Nobilium, civium etc., Jura privata coordinat. Primum e meris juris principiis generalibus consistens, Jus commune, quod omnia civitatis membra indiscriminatim ferit, pro scopo habens, systema Codici Imperii Austriaci est; alterum, Jus commune diversis personarum qualitibus accomodans, systema est, secundum civilistae hungarici, necnon jurisconsulti quorundam regnorum germanie hucdum jus privatum adornarunt.“ Praef p. III.

Weg zu zeigen, nach dem sie den Intentionen des Gesetzes 67:1792 folgend ihr Recht systematisch ausarbeiten können, dabei auch fremdländische Ereignisse und Resultate vor den Augen haltend.<sup>25</sup> Er selber habe in seinem Werke über das Personenrecht versucht, das ungarische Privatrecht mit Worten, wo möglich, aber jedenfalls nach der Reihenfolge des ABGB widerzugeben. Aus diesem Versuche werde es klar, daß es dem Rechtsgelehrten möglich sei, das ungarische Recht aus eigenen Quellen, auf ein dem ABGB ähnliches Niveau zu bringen.<sup>26</sup>

Jungs Auffassung ist vollkommen sachlich und richtig. Wenn man das Staatsrecht mit Abschaffung der Standesunterschiede und den feudalen Gebundenheiten im Eigentumsrecht modernisiert hätte, wäre sein Weg zur Erneuerung des Privatrechts aus ungarischen Quellen oder in seiner Weise mit Beachtung der Besonderheiten der heimischen Entwicklung und Eigenheiten einerseits, ausländischer Parallele anderseits, passabel gewesen. Diese Lösung entspräche aber vollkommen dem Geiste der historischen Rechtsschule, auch wenn der Autor dieses nicht besonders hervorgehoben hatte.

Zwei weitere Professoren am Evangelischen Lyceum zu Pressburg, Andreas Michnay und Paul Lichner waren bei der Veröffentlichung des Ofner Stadtrechts im Jahre 1845 derselben Auffassung, vielleicht noch deutlicher geprägt.<sup>27</sup>

Im ungarisch geschriebenen Vorworte des Werkes weisen sie darauf hin, daß zur Zeit die Betreuer der Rechtswissenschaft meistens in zwei Richtungen tätig seien. Die eine Gruppe begnügt sich damit, das bestehende Recht zu erhalten, zu kennen, systematisch darzustellen. Die andere Gruppe will im Kenntniß all der Mangel und Lücken der mangelhaften, veralteten Gesetze ein gänzlich neues Recht nach Prinzipien des Naturrechtes anstatt des bestehenden Privatrechtes schaffen und dieses zum Gemeinwohl einführen.

Sie behaupten, daß noch ein dritter, und zwar besserer Weg gegeben sei: die der historischen Erforschung des Rechtes. Jedes System wurzelt in der Vergangenheit und kann nur aus derselben erklärt werden. Auf diesem Wege sei Vieles zu retten, was ein Gewinn für die moderne Zeit wäre, da ja schon viel Heute gewünschtes im Mittelalter eingeführt worden gewesen war. Wie das Leben nicht von der Vergangenheit loszulösen sei, so auch das Recht nicht, und eine Nation äußert sich ebenso charakteristisch in ihren Gesetzen, wie in der Sprache oder in den Gewohnheiten. Freilich muß die Untersuchung offen und ehrlich sein. Es wird dabei sicher festzustellen sein, daß vieles, was Heute für originell erscheint, fremder Abstammung aus dem römischen

<sup>25</sup> „corde mihi erat, jurisconsultis hungaricis viam indigitare, qua sapientissima intentio art 67 anni 1790—91 optime assequi et adimpleri, caeteraque Juris privati hungarici partes (utpote jus rerum, et determinationes jus rerum et jus personarum communiter spectantes) systematice elaborari queant, nimirum codices extraneos, praepimis Imperii Austriaci, in Provinciis extra Hungariam promulgatos, solerter perscrutando et systema eorum imitando” p. VI.

<sup>26</sup> „Auctorem in hoc elaborato nullum aliud meritum manet, quam quod is legibus Codicis Imperii Austriaci, leges hungaricas, Codicis verba, quantum possibile erat, seriem et numerum paragraphorum retinendo, applicuerit; qua ex methodo duo emolumenta manare oportet: primum, quod Jurisperitus opus inspicuens leges austriacas et hungaricas uno obtutu combinare possit; secundum, ... quod de eo convinci possint, Corpus Juris Hungarici omnes leges, optimas quasque continere, cum ex fonte hoc leges hungaricae, legibus Codicis Imperialis Austriaci applicatae, hauriri potuerint.” p. VII.

<sup>27</sup> Michnay, Andreas—Lichner, Paulus: Ofner Stadtrecht von 1244—1421, Preßburg 1845.

bzw. deutschen Recht angenommen ist, aber diese Vergleichung und die Parallele können der heimischen Rechtswissenschaft nur vom Nutzen sein.<sup>28</sup>

In der deutschen Einleitung sind die Autoren noch klarer im Bekenntniß zu den Thesen der historischen Rechtsschule, obwohl auch hier keine Berufung auf dieselbe vorkommt. Sie halten es nach der Veröffentlichung für nötig „Eine durchgängige Vergleichung und Anknüpfung der jetzigen Zustände im ständischen Munizipalwesen mit und an die ehemaligen, die mehr oder weniger die Gegenwart bedingen, dann die Deutung und Entscheidung mancher neuen Fragen durch Hinweisung an die Vorzeit, die sie vielleicht schon gelöst hatte...“ Sie sehen es nötig für die moderne Zeit, anzuerkennen, „die Wichtigkeit des bürgerlichen Elementes im Staatsorganismus“, die Anerkennung „des Städtewesens und des Bürgerthums für den eigentlichen Träger mancher Hauptbedingungen zum Gemeinwohl, für den Ausgang — und Zentralpunkt der Zivilisation“. Dann stellen sie fest: „Sind doch unsere meisten Institutionen ein Vermächtniß der Vorzeit, und sollen nicht ausgerottet, sondern nur zeitgemäß — um und fortgebildet werden.“ Der Ziel sei „die organische Entwicklung derselben“. Dabei sei „für die väterländische Rechtskunde ein Blick über Werbőczy's Tripartitum hinaus ersprießlich“.

Wenn auch die Autoren selber die von ihnen vorgeschlagene Bearbeitung des historischen Stoffes für die Weiterbildung des heimischen Rechtes nicht vollzogen, ist ihre Auffassung und ihr Standpunkt für diese Tätigkeit deutlich nach der schon geschilderten Auffassung der Wissenschaft festgelegt. Es ist aber keineswegs der reaktionäre Standpunkt, als welcher den Jüngern der historischen Rechtsschule allgemein und oberflächlich nachgetragen wird: es ist ein akzeptabler und durchaus möglicher, theoretisch vielleicht sogar besserer Weg der Erneuerung, als der der Reformpolitiker. Hatte doch auch Frankreich zur Zeit der Revolution nicht in eine Leere zu springen, sondern es konnten für das neue Code Civile die Errungenschaften der bürgerlichen Coutumes vielfach verwertet werden.

Während also in der Tagespolitik von den Reformern nun für „das Gerüst des Bürgerlichen Rechtes“, der bürgerlichen Konstitution der Kampf geführt wurde,<sup>29</sup> hatte die Wissenschaft auch etliches getan, um die Grundlage für die Neuerung in dem hervorgebrachten Sinne zu ermöglichen.

Als das Gerüst vom Reichstag 1848 geschaffen wurde, als man mit Abschaffung der feudalen Ständesrechte das Program zur Schaffung eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches dem Justizministerium anvertraute,<sup>30</sup> hat Ignaz Frank ein glänzendes Beispiel zur Kleinarbeit, die die Wissenschaft der Legislatur zur Fortbildung des Rechtes schuldete, geliefert. In seinem Werk „Avitizität und Verjährung“ hebt er aus dem Material des meist bekämpften Rechtsinstitutes, der typisch feudalen Einrichtung der Avitizität, die Rechtsprinzipien und Normen heraus, die zwar dem nationalen Rechtsempfinden entsprächen, aber auch für die bürgerliche Gesellschaft durchaus annehmbar, in das bürgerliche Recht ohne Schwierigkeit einzuordnen seien.<sup>31</sup> Doch wurde dieses Beispiel an der Schwelle des aufflammenden Krieges für die nationale

<sup>28</sup> Előszó (Vorwort) am 24. Juni 1845 in Pozsony (Preßburg) p. VII—VIII.

<sup>29</sup> Der schon zitierte Ausdruck stammt von Franz Deák.

<sup>30</sup> GA XVI: 1848.

<sup>31</sup> Frank, Ignác: *Ösiség és elévülés (Avitizität und Verjährung)*, besprochen bei Horváth, Pál: *Tudománytörténeti és módszertani kérdések a jogtörténet köréből* (Wissenschaftsgeschichtliche und methodistische Fragen aus dem Kreise der Rechtsgeschichte), Budapest, 1974, p. 132 ff.

Selbständigkeit kaum beachtet und nicht weiter ausgeführt, da die Entwicklung gänzlich andere Wege für die Rechtsbildung aufdrängte.<sup>32</sup>

Nach dem tragischen Ausgang des Freiheitskrieges 1848—49 wurde das ABGB, das österreichische Zivilprozeßrecht und das Handelsgesetzbuch für Ungarn durch kaiserliche Patente als gültig erklärt.<sup>33</sup> Den Übergang von der feudalen zur bürgerlichen Gesellschaftsordnung hat unser Land unter Leitung einer oktroyierten fremden Regierung begonnen. Vergeblich versuchte dieselbe, zur Umgestaltung des Rechtswesens die Mitarbeit von Ferenc Deák und Ignáz Frank, des bedeutendsten Praktiker und Theoretiker des ungarischen Rechts, zu sichern. Deák lehnte nach seinem politischen Prinzip der passiven Resistenz jede Mitarbeit entschieden ab, Frank sagte erst zu, flüchtete aber kurz danach in den Selbstmord.<sup>34</sup>

Die Modernisierung ging also ihren Weg auf durchaus fremden Bahnen, weder eine neue Kodifikation, noch die Möglichkeit der geschichtlichen Entwicklung beachtend, durch die aufgedrängte Rezeption fremden Rechtes. Man hatte das Rechtsleben nach österreichischem Muster umgestaltet, das Grundbuchsystem eingeführt, und für den Übergang spezielle Rechtsregeln, wie das Avitizitätspatent, für Ungarn festgelegt.<sup>35</sup> Schon elf Jahre später nötigte jedoch die Innen- und die Außenpolitische Lage die Regierung zu gewissen Zugeständnissen um den legalen Weg der Judikatur und der Rechtentwicklung herzustellen; es wurde die sogenannte Judexcurialkonferenz gebildet, und ihr die Ermöglichung des Rückkehrs zur Kontinuität des Rechtswesens als Aufgabe und Ziel gesetzt.<sup>36</sup>

Die Judexcurialkonferenz, eine eigenartige Versammlung der maßgebenden ungarischen Juristen, aus Richterstand, Praxis und Politik, ohne eigentliche Vollmacht, ohne rechtliche Regelung, ohne geschichtliches Vorbild, sah sich zuerst vor die Aufgabe gestellt, in Parallelarbeit zum gleichzeitig einberufenem Reichstag, den Rückkehr zur gesetzesmäßigen Judikatur zu regeln, bis neue heimische Gesetze die Übergangsregelung überflüssig machen und ersetzen. Aber auch diese, nur für kurze Frist bestimmte Regelung brachte ungeheure und teilweise ungeahnte Schwierigkeiten auf.

Konnte man zum Gerüstbau in der Gesetzgebung zurückkehren, die Kleinarbeit auf nationaler Basis neu beginnen, alles was binnen 11 Jahren geschehen war, einfach unbeachtet lassen? Wurde doch alles durch fremde Willkür, wenn auch in Richtung der sozialen und wirtschaftlichen Entwicklung, geschaffen? Oder sollte man durch eine einfache Erklärung alles Fremde annehmen, alles illegale legalisieren, das Geschehene für Geltend annehmen und auf der Basis der legitimierten Rezeption weiterbauen? War es möglich, die Beschlüsse einer durch ein Jahrzehnt für gesetzwidrig erklärten Regierung

<sup>32</sup> Zur Bewertung des Werkes vergl. Nizsalovszky z. W. N. 4.

<sup>33</sup> Patent über die Einführung des Wechselprozeßordnung vom 25 Jänner 1850, die provisorische Zivilprozeßordnung vom 3 Mai 1852, das ABGB vom 29 November 1852 und die Konkursordnung vom 18 Juli 1853.

<sup>34</sup> Vergl. Mádl, z. W. N. 19 p. 102; ferner Sarlós, Márton: Frank Ignác bécsi tevékenysége és halála, Magyar Jog, Budapest, 1970 (Der wiener Aufenthalt und der Tod Ignaz Franks).

<sup>35</sup> Kaiserliches Patent über die Avitizität vom 29 November 1852; vergl. Osten, Adam: Das kaiserliche Avitizitätspatent vom 29 November 1852, Pest 1856.

<sup>36</sup> Über die Judexcurialkonferenz ausführlich Ráth, György: Az országbírói értekezlet a törvénykezés tárgyában (Judexcurialkonferenz in Sache der Gerichtbarkeit). Budapest, 1861, ferner Füger von Rechtborn, Maximilian: Über die Wiederherstellung des bestandenen ungarischen Privatrechts, Hermannstadt 1861.

einfach anzunehmen, oder musste man auch die eigenen Prinzipien, da vom fremdem Willen getragen, allein deswegen verneinen? Erschütternd schilderte Ferenc Deák diese Probleme vor dem Gremium der Konferenz:<sup>37</sup>

„Der erste Teil meines politischen Lebens galt jenem Kampf, den ich mit meinen Gesinnungsgenossen gegen die schädlichen Reste des Feudalismus foht. Dazu rechneten wir auch die Avitizität, und es war unser höchstes Bestreben, die Nation von ihren Fesseln zu befreien. Wir kämpften auch in unserem Vaterland für die Freiheit des Menschen und des Bodens, damit jeder sein Eigentum als sein wahres Eigen und sein Besitz als gesichert betrachten könne. Und nachdem wir, nach langen harten Kämpfen, im Jahre 1848 zum Ziel gelangt waren, wird mir kaum jemand zumuten können, dabei mitzuhelfen, das Eigentum, dessen Befreiung ich so innig anstrebte, wieder in Fesseln zu legen. Und dies einzig darum, weil das, was wir selbst prinzipiell beschlossen hatten, in der Zwischenzeit durch die Ungunst der politischen Verhältnisse, durch das fremdartige Wirken einer fremden Gewalt eingeführt wurde; und weil das, was die Gesetzgebung des Jahres 1848 ausdrücklich erklärte, daß nämlich das neue Zivilgesetzbuch aufgrund der völligen und vollkommenen Beseitigung der Avitizität auszuarbeiten sei, infolge der eingetretenen Ereignisse nicht durch das ungarische Ministerium, sondern durch die österreichische Regierung durchgeführt wurde. Daß ich also das 1848 erföchtene Prinzip verwerfen oder aufopfern solle, zu einem solchen Opfer kann ich mich der öffentlichen Meinung zuliebe — selbst wenn sie wirklich bestehen sollte — nicht hergeben: mir selbst und meinen Prinzipien kann ich nicht untreu werden.“<sup>38</sup>

Die Judexcurialkonferenz fand aus der geschilderten Lage durch Kompromisse einen Ausweg: durch provisorische Normen wurden die meisten Neuerungen des ABGB, wenn auch manchmal neu formuliert, in Kraft erhalten, im Prozeß- und Gerichtswesen aber hat man das alte ungarische Recht wieder eingeführt, auch wurde das ungarische Handelsgesetzbuch wieder in Kraft gesetzt.<sup>39</sup>

Nach dem österreichisch-ungarischen Ausgleich von 1867 gelangte die Frage der Kodifizierung der verschiedenen Rechtsgebiete in Ungarn wieder zur Diskussion. Die Unmöglichkeit der Lage war in den sieben seit der Judexcurialkonferenz abgelaufenen Jahren offensichtlich geworden. Verfahrensrecht, Gerichtswesen, Handelsrecht werden schnell nacheinander neugeregelt — letzteres durch fast pure Übersetzung des deutschen HGB, obwohl Ungarn ein solches schon besaß und hier auch das österreichische HGB schon einmal geltend gewesen war.<sup>40</sup>

Die Frage des BGB wird dagegen zum Zankapfel der politischen Parteien. Zwar sieht das Parlament, durch Ferenc Deák beeinflusst, im Jahre 1866, eine durchgehende Kodifikation des bürgerlichen Rechtes vor, doch kurz nach Verwirklichung des Ausgleiches zwischen Herrscher und Nation starb der greise Staatsmann, und danach wird die BGB Kodifikation zum Spielball der Tagespolitik.

Nach Ansicht vieler unseres Rechtshistoriker war es die Bevorzugung

<sup>37</sup> Zitiert bei Mádl, z. W.

<sup>38</sup> Übersetzt von Mádl, z. W.

<sup>39</sup> Die provisorischen Regeln der Judexcurialkonferenz in *Corpus Iuris Hungarici*, Milleniumsausgabe, Bd 1836—1868.

<sup>40</sup> GA 1868: LIV Privatprozeßordnung, GA 1871: XXXI Gerichtswesen, GA 1875: XXXVII Handelsgesetzbuch.

feudaler Interessen durch die Judexcurialkonferenz, die zum Festhalten an den provisorischen Regeln führte und als bedeutendes Hindernis der zivilrechtlichen Kodifikation im Wege stand.

Sie meinen, daß die Aufrechterhaltung der Institutionen des Familienfideikommisses, sowie einiger Speziallösungen im Erbrecht, — in erster Linie Witwenrecht und Parentelerbfolge — eben im Interesse der Großgrundbesitzergruppe gelegen wäre: diese hielten an den Entscheidungen der ICC fest, weil sie die eigenen Interessen in einem neuen BGB nicht gleicherweise hätten bewahren können.<sup>41</sup>

Ferner wird es von unserer Rechtsgeschichte den späten Vertretern der historischen Rechtsschule vorgeworfen, durch falsche, rückschrittliche Betonung des nationalen Charakters einiger feudalen Institutionen diesem Wunsch der herrschenden Großgrundbesitzerklasse eine wissenschaftliche Grundlage erschafft zu haben. In diesem Sinne sollen z. B. Wenzel, Imre Zlinszky und Grosschmid das glänzend abgefaßte Konzept Teleszky's zum Kapitel „Erbrecht“ des BGB mit Erfolg bekämpft zu haben.<sup>42</sup>

Mir scheint diese Ansicht nicht plausibel genug. Gewiß mäßigte der Kompromiß der führenden Klassen den Schwung bürgerlicher und sozialer Reforme in vieler Hinsicht. Es wurde auch die Idee der bürgerlichen Gleichheit in Ungarn nicht mit derselben Konsequenz, wie in Frankreich, im Recht und in der Umgestaltung der Gesellschaft durchgeführt. Doch stehen eben die angezeigten „feudalen“ Überreste nicht im Gegensatz zu einer bürgerlichen Rechtsordnung. Was die Bestimmungen gemäß Erbschaft betrifft, hat eben die Kodifikation des sozialistischen ungarischen Privatrechtes 1959 gezeigt, daß sowohl das Erbrecht der Verwandten am ererbten Gut des Erblassers, die Parentelerbschaft, wie auch das Witwenrecht tief im Bewußtsein des Volkes verankert liegen, an und für sich nicht feudaler seien, als jegliche Erbschaft überhaupt, und sogar in eine sozialistische Rechtsordnung einzufügen seien. Das Fideikommissystem paßt zwar in keine sozialistische, wohl aber in eine bürgerliche, aus freiem Bestimmungsrecht über die Güter ausgehende Ordnung.<sup>43</sup>

Nach dem österreich-ungarischen Ausgleich gab es besonders unter den praktizierenden Juristen Ungarns solche, die für eine sofortige und gänzliche Einführung des ABGB eintraten. Sie meinten, daß durch Annahme desselben durch die legale Gesetzgebung die Hauptbeschwerde, die des inkonstitutionellen Einführens, überwunden gewesen wäre, und daß diese radikale, schnelle und einfache Lösung sowieso zum großen Teil der tatsächlichen Lage entspräche. Zu dem gegebenen Zeitpunkt war es aber unmöglich, einen derartigen Vorschlag vor das Parlament zu bringen.<sup>44</sup>

Wieder und wieder muß man in Erwägung ziehen, welche tiefe Erbit-

<sup>41</sup> Diese herrschende Meinung steht bei Csizmadia, Andor (Kovács Kálmán) Asztalos László: Magyar alkotmány- és jogtörténet (Ungarische Staats- und Rechtsgeschichte) Budapest, 1927.

<sup>42</sup> Teleszky's Erbrechtentwurf und dessen Schicksal bearbeitet bei Pólay, Elemér: Kodifikation des ungarischen Erbrechts zu Ende des 19. Jahrhunderts, Acta Universitatis Szegediensis Tom XXI. Fase, 4. Szeged, 1974.

<sup>43</sup> Zur bürgerlichen Reformierung des Fideikommisswesens vergl. Lányi, Albert: Die juristischen Gesichtspunkte der Familien-Fidei-kommißreform, Zeitschrift für Ungarisches Öffentliches und Privatrecht, 1904, p. 397 ff.

<sup>44</sup> János Suhayda und Imre Hódossy wünschen die Rezeption auf dem Juristentag 1870; siehe dazu Kovács, Kálmán: Anfänge der Bestrebungen zur Schaffung eines zivilrechtlichen Kodexes in Ungarn in den Jahren 1866—1877, Budapest 1974.



terung die Niederwerfung des Freiheitskrieges und die darauffolgende absolutistische Herrschaft in der ungarischen Nation hinterließen. Der Ausgleich mit Österreich und dem Herrscher hatte auch unter denen, die ihn erlebten und von seiner politischen Unumgänglichkeit überzeugt waren, knapp eine Mehrheit und gewiß keine Popularität. Als dann die politische Zwangslage vorüber war, blieb nur die Schmach des Kompromisses zurück, die dann von der Opposition gegen jede Regierung des Ausgleiches immer wieder hochgespielt wurde. Die Regierungspartei war dauernd gezwungen, ihrerseits ihre überaus nationale Einstellung zu betonen. Auch die besten Vorschläge für ein Gesetz hatte man im Parlament mit der Parole, fremd, geschweige denn österreichischen Ursprunges zu sein, zurückweisen können. Mann mußte also mit der Redigierung eines neuen ungarischen Privatrechtsgesetzbuches beginnen, und eine Teilarbeit dazu war eben Teleszky's ohne Zweifel hervorragendes und moderns Erbrechtskonzept. Jedenfalls brach dasselbe mit aller vorhandenen Tradition, und stützte sich nur auf Vernunftprinzipien oder ausländische Vorbilder.

Was war dagegen der Standpunkt der obengenannten Privatrechtler der historischen Rechtsschule?

Auf die Frage, ob der Unterschied zwischen ererbte und erworbene Güter im ungarischen Erbrecht aufrechtzuerhalten sei, meint Imre Zlinszky:

„Diese Frage kann nur im Zusammenhang mit dem ganzen Erbsystem beantwortet werden. Wir müssen die ungarische Rechtsentwicklung tiefgehend erforschen, um uns zu vergewissern, wie tief das Erbrecht mit der Entwicklung, dem Charakter, den Gewohnheiten unseres Volkes verbunden sei. Solch eine Entwicklung kann durch eine Kodifizierung nicht einfach ignoriert werden.<sup>45</sup> An anderem Orte: Ich halte es für unumgänglich nötig, in der Frage der Weiterentwicklung des heimischen Rechtes das römische Recht sorgfältig zu studieren, und weiß, daß davon vieles mit Nutzen angebracht werden kann, aber erlernen wir auch die Methode der Aneignung von den Römern. Die hatten nie eine Tabula rasa für Veränderungen geschaffen, sie hatten nie das altherkömmliche spurlos vertilgt, sondern sie hatten die Meinung der Gemeinde vor Augen haltend das Tiefeingewurzelte den neuen Zeiten angepasst. Bei bloßer und kritikloser Annahme römisch-rechtlichen Institutionen könnte uns einjeder sagen: wir haben von den Römern nicht gelernt.“

Imre Zlinszky war kein Professor der Universität, sondern Richter, erst beim Kreisgericht Cegléd, dann bei der Budapester Tafel, das zweite Instanzgericht. Er kannte unser geltendes Privatrecht, dessen erfolgreichstes, 25 Jahre lang und durch acht Neuauflagen wirkendes Pandektenlehrbuch er kurz vor seinem Tode, in 1880 veröffentlichte, aus der Praxis.<sup>46</sup> Er war der erste Theoretiker des Grundbuchrechts in seiner Zeit,<sup>47</sup> und dessen aus Österreich eingeführtes System bewertete er als für unbedingt aufrecht zu erhaltend. Er vertritt den Standpunkt, dass in allen Zweigen des Privatrechts,

<sup>45</sup> Zlinszky, Imre: A magyar örökösödési jog és az európai jogfejlődés (Das ungarische Erbrecht und die europäische Rechtsentwicklung) Budapest 1877. pp. 2. 50.

<sup>46</sup> Zlinszky, Imre: A magyar magánjog mai érvényében, különös tekintettel a gyakorlat igényeire (Das heute geltende ungarische Privatrecht, mit besonderer Berücksichtigung der Bedürfnisse der Praxis) Budapest 1860.

<sup>47</sup> Zlinszky, Imre: A telekkönyvi rendtartás magyarázata (Erläuterung der Grundbuchordnung) Pest 1873.

die internationale Beziehungen haben, so vorerst im Personen- und Obligationsrecht, die gesamteuropäisch angenommenen Lösungen zu beachten seien. Wo dagegen die Entwicklung der verschiedenen Rechtsgebiete verschiedene Lösungen geschaffen hatte, solle man gewissenhaft um Erhaltung der einheimischen Institution sich bemühen, und besonders, wenn dieselben schon in dem Bewußtsein des Volkes verankert geworden sei.

Diese Auffassung Zlinszky's und seiner Gesinnungsgenossen, Wenzels und zuletzt des grössten Theoretikers im ungarischen Privatrecht Grossschmids, erhielt gegen Teleszky die Oberhand: dessen Entwurf wurde abgelehnt. Als man den Auftrag zur Redigierung des neuen Zivilgesetzbuches in 1894 erneut erteilte, sagte das Organisationsstatut der ernannten Kommission: sie sei eingesetzt zur Schaffung eines einheitlichen und systematischen Entwurfes, des AZGB Ungarns, mit besonderer Berücksichtigung und Benützung der vaterländischen Gesetze und Gewohnheiten, der bereits vorhandenen Vorschläge der Judikatur, der Literatur, und der Rechtsentwicklung anderer Kulturstaaen.<sup>48</sup>

Dieser historische Gesichtspunkt wurde dauernd, besonders bei Redigierung des Erbrechts betont, und auch noch bei der Vorlegung des zweiten Entwurfs im Parlament weist die Empfehlung des Justizministers Balogh auf Beachtung der geschichtlichen Entwicklung im Sinne der Savignyschen Schule hin.

Dies ist um so interessanter, als auf anderen Rechtsgebieten, welche in dieser Hinsicht nicht aufgespielt wurden, der Wunsch nach Beibehaltung nationaler Elemente in Ungarn durchaus nicht solche Rolle spielte. So kümmerte sich z. B. niemand darum, wo die Tradition des tatsächlich existierenden ungarischen Handels- und Wechselrechtes geblieben war. Auch warf man der Gerichtspraxis keineswegs vor, die meisten Lösungen der ABGB Österreichs in Praxis zu erhalten, oder die Neuerungen der verschiedenen ungarischen BGB Entwürfe eingeführt zu haben, noch bevor diese Gesetzeskraft erhielten.

Wenn wir in Betracht ziehen, welche Vorarbeiten die Schaffung des Code Napoleon oder die der ABGB benötigten, ferner wenn wir uns vor Augen führen, was die Redigierung des deutschen BGB an Mühe bedeutete, ist es leicht zu verstehen, daß das ungarische BGB nicht von einem Tag zum anderen entstehen konnte. Eine zurückhaltende Kraft von wissenschaftlicher Seite brauchen wir dazu nicht, um das zu erklären. Die Anhänger der historischen Rechtsschule haben zu den Vorarbeiten vieles geleistet: eben Zlinszky's Lehrbuch für das Privatrecht Ungarns stellt das Material komplett systematisiert dar, und reiches rechtsvergleichendes Material dazu, dem Zwecke überaus bedienlich. Die Abschliessung des ZGB-Entwurfs und dessen Verabschiedung wurde zuerst durch die Obstruktion der Opposition im Parlament, dann durch den ersten Weltkrieg vereitelt. Die Schuld dafür kann man Savignys späten ungarischen Anhängern ebenso wenig zuschreiben, als auch nicht ein Kompromiss der herrschenden Klassen die Beibehaltung gewisser Vorrechte erzielend dasselbe verursacht hat, schon weit eher der Zwietracht derselben Schicht und die Kurzsicht auf saatsmännischer Ebene.

<sup>48</sup> Siehe meinen Artikel in Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, dritter Band, zweiter Teilband, Abschnitt 14. Ungarn p. 2169.

Es steht der neueren Privatrechtsgeschichte Ungarns zu, die wahren Gründe in dieser Hinsicht klarzustellen, und den zu schnell ausgesprochenen Fehltrug gegen die historische Rechtsschule zu weiderrufen. Einen bedeutenden Schritt auf diesem Wege hat der Jubilant getan, dem zu Ehre diese meine Abhandlung — zuerst Vortrag am 21. Deutschen Rechtshistorikertag — nun veröffentlicht werden soll.



## Liste der Publikationen von Elemér Pólay

### A) MONOGRAPHIEN\*

1944. — A praetor szerepe a római magánjog fejlődésében (= Die Rolle des Prätors in der Entwicklung des römischen Privatrechts). Miskolc, 1944. 175 p.
1964. — Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom. Akadémiai Kiadó. Budapest, 1964. 401 p.
1972. — A dáciai viaszostáblák szerződesei (= Verträge der Wachstafeln aus Dakien). Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1972. 348 p.
1976. — A pandektisztika és hatása a magyar magánjog tudományára (= Die Pandektistik und ihr Einfluss auf die Wissenschaft des ungarischen Privatrechts). AUSZ XXIII (1976) 6. 158 p.
1979. — Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen. AUSZ XXVI (1979) 6. 143 p.
1981. — Ursprung, Entwicklung und Untergang der Pandektistik. AUSZ XXVIII (1981) 10. 99 p.
1983. — A személyiség polgári jogi védelmének történetéhez. Iniuria tényállások a római jogban (= Zur Geschichte des zivilrechtlichen Schutzes der Personalität. Injurientatbestände im römischen Recht). AUSZ XXX (1983) 4. 112 p.

### B) ENZYKLOPÄDIE

1980. — Római jog (= Römisches Recht). Állam- és Jogtudományi Enciklopédia. Red. I. Szabó. II. Budapest, 1980. pp. 1476—1489.

### C) STUDIEN, ARTIKELN

1936. — Hammurabi törvénygyűjteményének büntetőjoga (= Strafrecht der Gesetzsammlung Hammurabis). MJ XII (1936) 3—4. pp. 53—58. — A régi Egyiptom öntöző kultúrája (= Die Bewässerungskultur des alten Aegyptens). A Földgömb. VII (1936) 6. pp. 218—223.
1938. — A datio in solutum (= Die datio in solutum). Miskolc, 1938. 51 p. — A földbirtokmegoszlás, népsűrűség és népszaporodás kapcsolata (= Die Verbindung der Grundbesitzverteilung, Bevölkerungsdichte und Volksvermehrung). Miskolc, 1938. 55 p.

1939. — A német nemzeti szocialista jogfelfogás és a római jog (= Die deutsche nationalsozialistische Rechtsauffassung und das römische Recht). Miskolc, 1939. 87 p.
1940. — Az atyai hatalom intézményének alapvonalai a római jogban (= Grundlinien des Instituts der väterlichen Gewalt im römischen Recht). Miskolc, 1940. 83 p.
1943. — Kamat a római jogban (= Der Zins im römischen Recht). Miskolc, 1943. 24 p.
1953. — Az új csehszlovák családjogi törvénykönyv házassági joga (= Das Ehe-recht des neuen tschechoslowakischen Familienrechtsgesetzbuches). JK VI (1951) 10. pp. 610—618. A házasság felbonthatóságának, mint családjogi alapelvnek a kérdése (= Die Frage der Auflösbarkeit der Ehe, als eines familienrechtlichen Prinzipes). JK VIII (1953) 9. pp. 374—381. — Az eladói kellékszavatosság szabályozásának első megjelenése a római jogban (= Die erste Erscheinung der Regelung der Haftung des Verkäufers für Sachmängel im römischen Recht). A Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának Évkönyve. Red. E. Schultheisz. Budapest, 1953. pp. 115—136.
1955. — A nevelő funkció és a Szegedi Megyei Bíróság házasságjogi törvény-kezése a népi demokrácia 10 évében (= Die erzieherische Funktion und die eherechtliche Rechtssprechung des Komitatsgerichts Szeged in den ersten 10 Jahren der Volksdemokratie). AUSZ I (1955) 3. 27 p. — A tanácsok jogi képviseletének kérdéséhez (= Zur Frage der Rechts-vertretung der Räte). Állam és Igazgatás. VII (1955) 11. pp. 651—663. — Az eladói kellékszavatosság szabályozása a római árutermelő rabszolgá-ság korszakának fejlődő szakaszában (= Die Regelung der Haftung des Verkäufers für Sachmangel in der Entwicklungsperiode der römi-schen warenuproduzierenden Sklaverei). Thesen der Dissertation zur Erlangung der Kandidaturwürde. Budapest, 1955. 14 p.
1956. — A római végrendelet eredete (= Ursprung des römischen Testaments). AUSZ II (1956) 3. 47 p.
1957. — A római jogrendszer tagozódásának kérdése (= Die Frage der Gliede-rung der römischen Rechtsordnung). AUSZ III (1957) 4. 31 p. — Die Blütezeit des römischen Wirtschaftsleben und die klassische Zeit des römischen Rechts. AA V (1957) 1—4. pp. 324—357.
1958. — Három munkabérszerződés a római Dáciából (= Drei Arbeitsverträge aus dem römischen Dakien). AUSZ IV (1958) 5. 38 p. — Il carattere e luogo delle regole delle relazioni interstatali nel sistema del diritto romano. Festschrift für L. Buza. AUSZ V (1958) 13. pp. 279—305.
1960. — Ein Gesellschaftsvertrag aus dem römischen Dakien. AA VIII (1960) 3—4. pp. 417—438. — Jogrendszerek az ókori Rómában (= Rechtst-systeme im antiken Rom). AUSZ VII (1960) 2. 42 p.
1961. — A római birodalmi jog és a peregrin jog kölcsönhatásának jelei az er-délyi viaszostáblák okiratanyagában (= Zeichen der Wechselwirkung des römischen Reichsrechts und des Peregrinenrechtes im Urkunden-material der siebenbürgischen Wachstafeln). AUSZ VIII (1961) 4. 27 p. — Rechtsordnungen im antiken Rom. AA IX (1961) 1—2. pp. 175—210.
1962. — „Publius Mucius et Brutus... fundaverunt ius civile”. AUSZ IX (1962) 3. 52 p. — Die Obligationssicherheit in den Verträgen der siebenbür-gischen Wachstafeln. Klio 40 (1962) pp. 142—158. — Sklaven-Kaufver-träge auf Wachstafeln aus Herculanium und Dakien. AA X (1962) 4.

- pp. 385—397. — Die Zeichen der Wechselwirkungen zwischen dem römischen Reichsrecht und dem Peregrinenrecht im Urkundenmaterial der siebenbürgischen Wachstafeln. SZ 79 (1962) pp. 51—85.
1963. — O nowe kierunki badan prawa rzymskiego (= Neue Forschungsrichtungen im römischen Recht). Czasopismo Prawno-Historiczne. Warszawa. XV (1963) 1. pp. 227—286. — A stipulatio szerepe az erdélyi viaszostáblák okiratanyagában (= Die Rolle der stipulatio im Urkundenmaterial der siebenbürgischen Wachstafeln). AUSZ X (1963) 5. 34 p.
1964. — Az eladói kötelezettség a préklasszikus római jogban (= Die Haftung des Verkäufers für Sachmangel im vorklassischen römischen Recht). AUSZ XI (1964) 9. 75 p. — Wissenschaftliche Grade in der Ungarischen Volksrepublik. Das Hochschulwesen (DDR—Berlin) 10 (1964) 7—8. pp. 586—590.
1965. — Die Rolle der Stipulation in den Urkunden der siebenbürgischen Wachstafeln. JJP XV (1965). In memoriam V. Arangio-Ruiz. pp. 185—220. — A censuri regimen morum és az ún. házi bírászkodás (= Das regimen morum des Censors und die sog. Hausgerichtsbarkeit). AUSZ XII (1965) 4. 43 p. — Der Kodifikationsplan des Pompeius. AA XIII (1965) pp. 85—95. — Der Kodifizierungsplan des Julius Caesar. IVRA 16 (1965) pp. 27—51.
1966. — Két kodifikációs terv a köztársasági Rómában (= Zwei Kodifikationspläne im republikanischen Rom). Jogtörténeti Tanulmányok I. Budapest, 1966. pp. 231—249.
1967. — Die Sklavenehe und das römische Recht. AUSZ XIV (1967) 7. 84 p. — Das römische Recht in den sozialistischen Ländern. Labeo 13 (1967) 3. pp. 361—376.
1968. — Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im republikanischen Rom. Gesellschaft und Recht im griechisch-römischen Altertum. Eine Aufsatzsammlung. Red. M. Andreew, J. Irmšcher, E. Pólay, W. Warkallo. Teil I. Berlin, 1968. pp. 150—192.
1969. — Die Sklavenehe im antiken Rom. Das Altertum. (DDR—Berlin) 15 (1969) 2. pp. 83—91. — Die Verträge der siebenbürgischen Wachstafeln. Das Altertum. 15 (1969). pp. 23—32. — Il matrimonio degli schiavi nella Roma repubblicana. Studi in onore di G. Grosso III. Torino, 1969. pp. 77—99. — Das regimen morum des Zensors und die sogenannte Hausgerichtsbarkeit. Studi in onore di E. Volterra III. Milano, 1969. pp. 263—317. — Jhering birtokán és a magyar jogi romanisztika (= Die Besitzlehre Jherings und die ungarische juristische Romanistik). AUSZ XVI (1969) 3. 54 p. — A római jog oktatása a szocialista államokban (= Unterricht des römischen Rechts in den sozialistischen Ländern). JK XXIV (1969) 4. pp. 187—193. — L'insegnamento del diritto romano nei paesi socialisti. Studi Sarsaresi I. Università. Milano, 1969. pp. 569—598.
1970. — Über das ius Latii. Bulletin d'information de l'Association Internationale d'Histoire du Droit et des Institutions. XIIIe Congrès International des Sciences Historique é Moscou. 20 et 21 aout 1970. No. 5. Red. R. Feenstra. p. 9. — Der Einfluss der Besitzlehre Savignys und Jherings auf die Literatur der ungarischen Zivilistik im XIX. Jahrhundert. AUSZ XVII (1970) 8. Einzelne Fragen der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts. Sammelband der Vorträge der Konferenz i. J. 1969

- in Szeged. pp. 79—91. — Beiträge zu Jherings Besitztheorie. Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstag von R. von Jhering. Hrg. von F. Wieacker und Ch. Wollschläger. Göttingen, 1970. pp. 192—205. — Jherings Besitztheorie und die ungarischen privatrechtlichen Kodifizierungsversuche. Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag. Berlin, 1970. pp. 627—648.
1971. — Formalitäten der Urkunden der siebenbürger Wachstafeln. *Klio* 53 (1971) pp. 223—238. — Der status civitatis, der Ursprung und die Berufe der in den siebenbürgischen Wachstafeln vorkommenden Personen. *JJP XVI—XVII* (1971) pp. 71—83. — A jogász hivatás múltja és jelene (= Die Vergangenheit und Gegenwart des juristischen Berufes). A szocialista jogász hivatásra nevelés kérdése. Budapest, 1971. pp. 117—143. — Jhering birtoktana és a magyar magánjogi kodifikációs kísérletek (= Jherings Besitzlehre und die ungarischen privatrechtlichen Kodifizierungsversuche). *JK XXVI* (1971) 3—4. pp. 164—175. — Szocialisták elkerde Roma hukuku (= Römisches Recht in den sozialistischen Ländern). *Istanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü*. İstanbul, 1971. 19 p. — Reforme und Reformvorschläge im Bereiche des Unterrichtes des römischen Rechts nach dem zweiten Weltkrieg in Ungarn. *Acta Facultatis Juridicae UC*. Bratislava, 1971. pp. 349—356.
1972. — Nochmals über das Ziel des Unterrichtes des römischen Rechts in den sozialistischen Länder. *Index. Omaggio a M. Kaser*. 3 (1972) pp. 129—130. — Das Studium des römischen Rechts in Ungarn in der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen (1920—1944). *SZ* 89 (1972) pp. 378—399. — A római jog oktatása a két világháború közötti Magyarországon (1920—1944). (= Der Unterricht des römischen Rechts zwischen den beiden Weltkriegen in Ungarn. 1920—1944). *AUSZ XIX* (1972) 2. 23 p.
1973. — Die Spuren eines hellenistischen Einflusses in den Verträgen der siebenbürgischen Wachstafeln. *Labeo* 19 (1973) 3. pp. 330—338. — Ein Versuch zur Kodifizierung des ungarischen Erbrechts. *Rechtshistorische Konferenz Krems 1974*. Szegediner Referate. Szeged, 1974. 25 p.
1974. — Ein Versuch zur Kodifizierung des ungarischen Erbrechts im 19. Jahrhundert. *Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Rechtsgeschichtliche Studien zum Zivilrecht*. Hgb. von K. Kovács. Heft. 6. Budapest, 1974. pp. 75—99. — La enseñanza del derecho romano en los países socialistas. *LL* 29. Mai 1974. No. 103. pp. 1—5. — Kísérlet a magyar öröklési jog önálló kodifikációjára a XIX. század végén (= Versuch zur selbständigen Kodifizierung des ungarischen Erbrechts am Ende des XIX. Jhdts). *AUSZ XXI* (1974) 4. 52 p.
1975. — La struttura del sistema giuridico della Roma antica. *Index* 5 (1974—75). G. Grosso con noi. pp. 203—320. — Abschaffung des Pandekten-systems in der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung in Ungarn in den letzten drei Jahrzehnten. *Rechtshistorische Konferenz Prag 1975*. Szeged, 1975. 23 p.
1976. — Hauskaufvertrag aus dem römischen Dakien (Ein Beitrag zum provinziellen Bodeneigentum der Römer). *Oikumene* 1. Budapest, 1976. pp. 197—213. — Die Grundlagen der modernen Strafrechte und das Strafrecht der Römer. *Études d'histoire du droit pénal*. Red. L. Pauli.



- Internationale Konferenz der Geschichte des Strafrechts gewidmet, in Krakau, am 16—18. Okt. 1973. Krakow, 1976. p. 39.
1977. — Einfluss der Pandektistik auf die ungarische Privatrechtswissenschaft. *A Jurid.* (1977) 1—2. pp. 175—196.
1978. — Die Hermogenianfrage und die justinianische Kodifikation. *Klio* 60/II (1987) pp. 499—506.
1979. — Das Studium des römischen Rechts in den sozialistischen Ländern. *Klio* 61 (1979) 1. pp. 157—163.
1980. — A római polgárokat terhelő közzszolgáltatások rendje Arcadius Charisiusnak, a digeszták posztklasszikus jogászának művében (= Die auf den römischen Bürgern lastenden öffentlichen Dienstleistungen im Werke des Arcadius Charisius des nachklassischen Juristen der Digesten). *AUSZ XXVII* (1980) 14. Festschrift für J. Martonyi. pp. 295—306. — Das Jurisprudenzmonopol des Pontifikalkollegiums und seine Abschaffung in Rom. Rechtshistorische Konferenz in Smolenice 1980. Szeged, 1980. p. 9+3. — The Contracts in the Triptychs found in Transylvania and their hellenistic Features. *Studia Historica Academiae Scientiarum Hungaricae* 133. Budapest, 1980. 18 p.
1981. — Vorwort und Anmerkungen zur Monographie Gy. Diósi, *Contract in Roman Law*. Budapest, 1981. pp. 7—8., 20., 40., 59., 67., 110., 132. 183., 202., 204., 207—209., 185., 221—224., 226., 228., — Glosszák a felsőfokú közigazgatási szakemberképzéshez (= Glossen zu der Hochschulausbildung von Fachleuten der Verwaltung). *FOSZ XXX* (1981) 7—8. pp. 440—444. — Verträge auf Wachstafeln aus dem römischen Dakien. Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Hgb. von H. Temporini und W. Haase. II. 14. Band. Berlin—New York, 1982. pp. 510—523.
1982. — Über die *munera civilia* im Werke des Digestenjuristen Arcadius Charisius. *Studi in onore di C. Sanfilippo I.* Milano, 1982. pp. 525—542. — Zeichen des Übergangs von der Sklavenhaltergesellschaft zum Feudalismus in den Schriften von Arcadius Charisius dem nachklassischen Juristen der Digesten. *Klio* 64 (1982) 1. pp. 161—170. — The Justinian codification and abstraction. *Studi in onore di A. Biscardi II.* Milano, 1982. pp. 105—116. — Römische Rechtswissenschaft. Geschichte des wissenschaftlichen Denkens im Altertum. Sammelband. Hgb. von F. Jürss (Mitauteur J. Köhn). Berlin, 1982. pp. 610—623.
1983. — Charakterzüge der Denkweise der nachklassischen Juristen im antiken Rom. *Klio* 65 (1983) 2. pp. 419—430. — Jogászi gondolkodásmód a görög—római ókorban (= Juristische Denkungsart im griechisch—römischen Altertum). *Jogtörténeti Tanulmányok V.* Budapest, 1983. pp. 269—282. — Das Jurisprudenzmonopol des Pontifikalkollegiums in Rom und seine Abschaffung. *Acta Classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis. XIX* (1983) pp. 49—56. — Jogösszehasonlítás és a római jog (= Rechtsvergleichung und das römische Recht). *Antik Tanulmányok XXX* (1983) 1. pp. 103—106.
1984. — Die rechtliche Lage der Bergleute im römischen Recht im Spiegel der siebenbürgischen Wachstafeln. *AUSZ XXXI* (1984) 23. *Studia in honorem L. Nagy septuagenarii.* pp. 225—267. — A pandektisztika hatása a skandináv magánjogtudományra (= Einfluss der Pandektistik auf die Privatrechtswissenschaft von Skandinavien). *AUSZ XXXII* (1984) 3. 34 p. — Arcadius Charisius als der nachklassische Jurist der Dige-

- sten. (Eine in Augsburg, am 23. Deutschen Rechtshistorikertag am 2. Oktober 1980 gehaltene Vorlesung.) Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino. Napoli, 1984. pp. 2395—2408. — Iniuria- Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom. SZ 101 (1984) pp. 142—189.
1985. — A „ius” szó jelentése a római jog fejlődésének korai szakaszában (= Die Bedeutung des Wortes „ius” in der frühen Entwicklungsperiode des römischen Rechts). A miskolci Földes Ferenc Gimnázium 425 éve (1560—1985). Miskolc, 1985. pp. 128—131. — Historische Interpretation der Generalklauseln im römischen Recht. Klio 67 (1985) 2. pp. 528—535. — Jerney János és az erdélyi viaszostáblák (= J. J. und die siebenbürgischen Wachstafeln.) Délmagyarország, 6. VII, 1985. p. 5.

#### D) NACHRUFE, CHRONIKEN

1970. — Conférence Internationale d'Histoire du Droit et de Droit Romain à Szeged. Revue Historique de Droit. 1970. II. pp. 337—338.
1976. — Sztéhlo Zoltán (1889—1975). JK XXXI (1976) 2. pp. 105—106.
1979. — Fragen der Kontinuität im Zivilrecht — Politische Ideologien, institutionelle Strukturen und Realität der konstitutionellen Praxis. Internationale Konferenz, Popowo bei Warszawa 1978. (Mitautor G. Härtel). Etnographisch-archeologische Zeitschrift. 20 (1979) 4. pp. 742—745.
1984. — Balás P. Elemér születésének századik évfordulójára (= Zur hundertsten Wiederkehr des Geburtstag von P. Elemér Balás). Magyar Jog. 31 (1984) 1. pp. 84—86.
1985. — In memoriam Károly Visky (1908—1984). SZ 102 (1985) pp. 803—807. — Dr. Both Ödön (1924—1985). Szegedi Egyetem. XXIII (1985) 9. p. 2. — Goethe és Savigny (Goethe und Savigny). Vortrag von D. Nörr am 1. Okt. 1984, in Szeged. JK XL (1985) 5. pp. 300—301. — Ricordo di Károly Visky, Labeo. 31 (1985) 2. pp. 246—247.

#### E) REZENSIONEN

1939. — W. Hellebrand: Arbeitsrechtliches in den Zenon-Papyri. Festschrift P. Koschaker III. Weimar, 1939, in MJ XV (1939) pp. 332—335.
1940. — Személyi, K.: A keresztény eszmék hatása a római kötelmi jog ki-fejlődésére (= Einfluss der christlichen Ideen auf das römische Obligationenrecht). Budapest, 1939, in MJ XVI (1940) pp. 219—221.
1962. — Bacsó, J.: Öröklési jog (= Erbrecht). Budapest, 1961, in FOSZ XI (1962) 11. pp. 701—702. — Novák, I.: A részleges jogerő a polgári perben (= Die partielle Rechtskraft im Zivilprozess). Budapest, 1961, in FOSZ XI (1962) 7—8. pp. 498—499.
1963. — F. Schulz: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar, 1961, in JK XVIII (1963) 2. pp. 127—128. — F. Schulz: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar, 1961, in Deutsche Literaturzeitung für Kritik der internationalen Wissenschaft. Berlin. 84 (1963) 4. pp. 343—347.
1963. — Nizsalovszky, E.: A család jogi rendjének alapjai (= Grundlagen der

- rechtlichen Ordnung der Familie). Budapest, 1963, in FOSZ XIII (1964) 5 pp. 305—307.
1965. — E. Nizsalovszky: Die Grundlagen der rechtlichen Ordnung der Familie. Budapest, 1963, in Staat und Recht. 14 (1965) 8. pp. 1370—1373.
1967. — D. Nörr: Imperium und Polis in der Hohen Prinzipatszeit. München, 1966, in Romanitas (Rio de Janeiro) VIII (1967) 8. pp. 380—385. — D. Nörr: Imperium und Polis in der Hohen Prinzipatszeit. München, 1966, in JK XXII (1967) 3—4. pp. 352—354. — J. Fitz: Die Laufbahn der Statthalter in der römischen Provinz Moesia inferior. Weimar, 1966, in SZ 84 (1967) pp. 615—617.
1974. — Diódsi, Gy.: A római jog világa (= Die Welt des römischen Rechts). Budapest, 1973, in Antik Tanulmányok. Studia Antiqua (Budapest) 21 (1974) 1. pp. 90—93.
1981. — Hencz, A.: Felsőfokú közigazgatási szakemberképzés Magyarországon 1848—1984. Szeged. Dissertationes ex Bibliotheca Universitatis de Attila József Nominatae. No. 3. 1981, in FOSZ XXX (1981) 5. pp. 317—319.
1982. — Jogtörténeti Tanulmányok. Csizmadia Emlékkönyv (= Rechtshistorische Studien. Festschrift für A. Csizmadia). Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata. 95. 1980, in JK XXXVII (1982) 8. pp. 633—644.
1983. — Hamza, G.: Az ügyleti képviselő. Dogmatikai és elméleti vizsgálatok az jogoktól napjainkig (= Die gewillkürte Vertretung. Theoretische und dogmatische Untersuchungen von des antiken Rechten bis zu den modernen Rechten). Budapest, 1982, in SZ 100 (1983) pp. 654—660.
1985. — G. Ciulei: Les triptyques de Transylvanie Etudes Juridiques (Studia Amstelodamiensia ad Epigraphicam. Mod. H. Ankum, H. W. Pleket et P. J. Sijpesteijn XXXIII). Zutphen 1983, in SZ 102 (1985) pp. 612—620.

## F) LEHRBÜCHER, SKRIPTEN

1949. — A római jogtörténet vázlata (= Skizze der römischen Rechtsgeschichte). Szeged, 1949—50. 156. p.
1950. — Marton, G.—Óriás, N.—P. E.: Római jog (= Römisches Recht) Universitätsskriptum. Budapest, 1950. 240 p.
1950. — Polgári jog II. Kötelmi-, család- és öröklési jog (= Bürgerliches Recht II. Obligationen-, Familien- und Erbrecht). Universitätsskriptum. Szeged, 1950 246 p.
1951. — Marton, G.—Óriás, N.—P. E.: Római jog (= Römisches Recht) Universitätsskriptum. Budapest, 1951. 238 p.
1954. — Névai, L.—Papp, T.—P. E.: Szovjet polgári jog (= Sowjetisches Zivilrecht). Universitätsskriptum. Red. L. Névai. Budapest, 1954. 268. p. — Marton, G.—Óriás, N.—P. E.: Római jog (= Römisches Recht). Universitätsskriptum. Red. G. Marton. Budapest, 1954. 196. p.
1955. — Öröklési jog (= Erbrecht). Universitätsskriptum. Budapest, 1955. 88 p.
1958. — Öröklési jog (= Erbrecht). Universitätsskriptum. Verbesserte und erweiterte Auflage. Budapest, 1958. 103 p.
1967. — Brósz, R.—Móra, M.—P. E.: A római magánjog elemei I. (= Elemente des römischen Privatrechts). Universitätsskriptum. Red. M. Móra, Budapest, 1967. 276 p.

1968. — Brósz, R.—Móra, M.—P. E.: A római magánjog elemei II. (= Elemente des römischen Privatrechts). Universitätsskriptum. Red. R. Brósz. Budapest, 1968. 216 p.
1974. — Brósz, R.—P. E.: Római jog (= Römisches Recht). Lehrbuch. Red. R. Brósz. Budapest, 1974. 529 p.
1976. — Brósz, R.—P. E.: Római jog (= Römisches Recht). Lehrbuch. Red. R. Brósz. Budapest. 1976. (Zweite verb. Auflage). 529 p.
1984. — Brósz, R.—P. E.: Római jog (= Römisches Recht). Lehrbuch. Red. R. Brósz. Budapest, 1984. (Dritte verb. Auflage). 529 p.

#### G) HOCHSCHULPÄDAGOGISCHE STUDIEN

1961. — A levelező joghallgatók oktatásának helyzete és problémái a Szegedi Tudományegyetemen (= Probleme der Fernstudentenausbildung an der Juristischen Fakultät der Universität zu Szeged). FOSZ X (1961) 12. pp. 737—740. — A levelező joghallgatók részére létesítendő konzultációs központok feladatai (= Aufgaben der künftigen Konsultations-Zentren für die Fernstudenten der Rechtswissenschaft). FOSZ X (1961) 5. pp. 286—290.
1962. — Konzultációs központjaink a levelező joghallgatók részére (= Konsultationszentren für die juristischen Fernstudenten) FOSZ XI (1962) 4. pp. 211—215. — Nauczanie prawa w Węgierskiej Republice Ludowej (= Jurastudium in der Ungarischen Volksrepublik). Zycie Szkoły Wyzszej. (Warszawa) 3 (1962) pp. 77—82. — A hangszalagra felvett előadásokkal kapcsolatos tapasztalatok a Szegedi Állam- és Jogtudományi Kar Levelező Tagozatán (= Erfahrungen durch den Tonbad am Fernkurs der Staats und Rechtswissenschaftlichen Fakultät zu Szeged). FOSZ XI (1962) 5. pp. 279—284.
1963. — Foglalkozás az előre felvett hallgatókkal az állam- és jogtudományi karokon (= Beschäftigung mit den für das nächste Jahr aufgenommenen Studierenden an den Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultäten). FOSZ XII (1963) 4. pp. 215—219. — Vita a Felsőoktatási Szemle és a József Attila Tudományegyetem kapcsolatáról (= Diskussion über die Verbindungen der Felsőoktatási Szemle und der Attila József Universität Szeged). FOSZ XII (1963) 6. pp. 353—358.
1964. — A levelező oktatás szervezeti problémái (= Organisationsprobleme des Fernstudiums). FOSZ XI (1964) pp. 7—8.
1965. — A levelező oktatás módszertani problémái (= Methodische Probleme des Fernstudiums). FOSZ XIV (1965) 1. pp. 127—133. — Az előfelvétellel kapcsolatos tapasztalatok a József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karán (= Erfahrungen mit der bedingten Aufnahme an der Juristischen Fakultät der Attila József Universität). FOSZ XIV (1965) 9. pp. 533—538.
1966. — A tanszékek közötti együttműködés kérdései (= Über die Probleme der Zusammenarbeit zwischen den Lehrkanzeln). FOSZ XV (1966) 5. pp. 257—261.
1967. — Az előadások korszerű módszerei az állam- és jogtudományi karokon (= Moderne Methoden der Vorlesung an den Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultäten). FOSZ XVI (1967) 2. pp. 92—97.

1968. — A tanszékevezetői munka a kis létszámú tanszékeken (= Die Arbeit des Lehrstuhlleiters im Rahmen kleinerer Lehrstühle). FOSZ XVII (1968) 5. pp. 263—267.
1969. — Az előadások és a gyakorlatok szerepe a jogi oktatásban (= Vorlesungen und Seminaren im Unterreich der Rechtswissenschaft). FOSZ XVIII (1969) 10. pp. 602—607.
1970. — A jogi oktatás reformja és a hallgatók tanulmányi segédeszközei (= Die Reform der juristischen Ausbildung und die didaktischen Lehrmittel der Jurastudenten). FOSZ XIX (1970) 5. pp. 336—341.
1976. — A levelező és az esti oktatási problémái a jogászképzésben (= Probleme des Abend- und Fernstudiums in der Juristenausbildung). FOSZ XXV (1976) 7—8. pp. 390—395.

*H) Vorträge, Referate, wissenschaftliche Mitteilungen in ausländischen Universitäten, bzw. an internationalen Kongressen, Konferenzen, die bisher nicht veröffentlicht wurden:*

1956. — Grundprobleme der Kodifikation des Zivilgesetzbuches der Ungarischen VR. Vortrag an der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Sofia, am 9. Okt. 1956.
1961. — Das römische Recht in den sozialistischen Ländern. Vortrag an der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Poznan, am 10. Sept. 1961. — Die Pflege der juristischen Romanistik in den sozialistischen Ländern. Vortrag an der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Torun, am 12. Sept. 1961.
1965. — Die Grundprobleme und die Literatur des römischen Recht in den sozialistischen Ländern. Vortrag an der Juristischen Fakultät der Universität Münster am 10. Nov. 1965. — Die Rolle des römischen Rechts im Rahmen des Jurastudiums in Ungarn. Vortrag an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, am 23. Nov. 1965. — Die Charakterzüge der Verträge auf Wachstafeln aus dem römischen Dakien. Vortrag an der Juristischen Fakultät der Universität Köln, am 25. Nov. 1965. — Die Verbreitung des römischen Rechts in Ungarn. Vortrag an der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg in/Br. am 27. Nov. 1965.
1970. — Die Geschichte der Quellen des ungarischen Privatrechts seit 1526. Vortrag in Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt a/M. am 8. März 1970.
1967. — Einflüsse des römischen Rechts auf die Entwicklung des ungarischen Privatrechts. Vortrag an der Staats- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Lublin, am 10. Okt. 1967.
1979. — La pandectistica y los esfuerzos para la codificación del derecho privado hasta el principio del siglo XX en Hungría. Referat an dem Internationalen Kolloquium des Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano in Sassari (Sardinia), am 24. Nov. 1979.
1982. — Die Frage der Rezeption des römischen Rechts in Ungarn. Vortrag an der Juristischen Fakultät der Universität Turku, am 14. Okt. 1982.
1983. — A dáciai vizostáblákról (= Über die Wachstafeln aus Dakien). Vortrag an der Juristischen Fakultät der Universität Novi-Sad, am 12. Mai.

1983. — Die rechtliche Qualifizierung der heutigen Ordnungsübertretungen entsprechenden Tatbestände im römischen Recht. Referat an der Internationalen Konferenz für Rechtsgeschichte in Veszprém (veranst. von der Hochschule für Verwaltung) am 22. Aug. 1983.
1984. — „Iniuria dicitur, quod non iure fit.“ Wissenschaftliche Mitteilung am 25. Deutschen Rechtshistorikertag in Graz, am 25. Sept. 1984. — Die Frage der Rechtsvergleichung und des römischen Rechts in Ungarn. Wissenschaftliche Mitteilung an dem Internationalen Kolloquium des Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano in Szeged (veranst. vom Institut für Römisches Recht der Staat- und Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Szeged), am 12. Okt. 1984.
1985. — Die Pandektistik und die Kodifikation des Zivilgesetzbuches der Ungarischen VR (Mitautor: B. Kemenes). Vortrag an dem Internationalen Symposium an der Universität Turku, am 26. April 1985. — Die Pandektistik und die privatrechtlichen Kodifizierungen und Kodifizierungsversuche in Ungarn im XIX. Jahrhundert. Vortrag an der Internationalen Konferenz „Elementi romanistici nella cultura giuridica europea dell'Ottocento e degli inizi del Novocento“ in Jablonna (veranst. von der Univ. Warschau), am 10. Nov. 1985.

\* Die Publikationen, deren Umfang mehr als 6 Bogen (96S.) ausmacht, werden als Monographien qualifiziert. — Die in der Bibliographie angewandten Abkürzungen: AA: Acta Antiqua Academiae Scientiarum Hungaricae (Budapest). — *AJurid.*: Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae (Budapest). — *AUSZ*: Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta Juridica et Politica (Szeged). — *FOSZ*: Felsőoktatási Szemle (Budapest). — *Index*: Index. Quaderni camerti di studi romanistici (Camerino). — *IVRA*: Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Catania). — *JJP*: The Journal of Juristic Papyrology (Warszawa). — *JK*: Jogtudományi Közlöny (Budapest). — *Klio*: Klio. Beiträge zur älteren Geschichte (DDR — Berlin). — *Labeo*: Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Napoli). — *LL*: La ley (Buenos Aires). — *MJ*: Miskolci Jogászélet (Miskolc). — *SZ*: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (Weimar, Seit 1980 Wien—Köln—Graz).

Zusammengestellt  
von Dr. Éva Jakab

## INHALT

|  |     |
|--|-----|
| <i>Veres, József</i> : Vorwort .....   | 5   |
| <i>Antalffy, György—Tamás, András</i> : State and law-making .....   | 9   |
| <i>Bajori, Pál</i> : Beweisaufnahme im römischen Recht .....   | 41  |
| <i>Balázs, József</i> : Anfänge der Kriminalstatistik in Ungarn .....  | 57  |
| <i>Benedek, Ferenc</i> : Ursprung und Funktion der actio Publiciana .....  | 71  |
| <i>Blaho, Peter</i> : Formen und Methoden der Rechtserziehung im archaischen<br>Rom bis zum Zeitalter des drei fundatores .....  | 93  |
| <i>Both, Ödön</i> : Die wichtigeren sozialen, politischen und verfassungsrecht-<br>lichen Ansichten des jungen Bertalan Szemere .....  | 103 |
| <i>Brósz, Róbert</i> : Die Rolle der Gewohnheit (des Gewohnheitsrechts) im<br>Laufe der Entfaltung und Entwicklung der longi temporis prae-<br>scriptio(nes) .....                         | 141 |
| <i>Catalano, Pierangelo</i> : Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto<br>latinoamericano .....   | 167 |
| <i>Cséka, Ervin</i> : Bases de politique et principe de classement des recours<br>de droit pénal .....   | 189 |
| <i>Hamza, Gábor</i> : Zur Frage der historischen Entwicklungstypen der gewill-<br>kürten Stellvertretung (Eine rechtsvergleichende Studie) .....   | 203 |
| <i>Härtel, Gottfried</i> : Einige Betrachtungen zur Sanctio pragmatica pro peti-<br>tione Vigili vom 13. 8. 554. und zur am 13. 4. 534 an Belisar erlas-<br>senen Sanctio pragmatica ..... | 213 |
| <i>Horváth, Róbert A.</i> : Epistemology and Methodology in The Social<br>sciences: The Case of Statistical Discipline .....   | 219 |
| <i>Irmscher, Johannes</i> : Utopia — Athos? .....  | 231 |
| <i>Jakab, Éva</i> : Vom sequestrum der legis actiones bis zum verbindlichen<br>„Gerichtsdeposit“ des Prozeßgegenstandes .....  | 235 |
| <i>Kemenes, Béla</i> : Das fides — Prinzip und sein Zusammenhang mit der<br>fiducia .....  | 245 |
| <i>Klami, Hannu Tapani</i> : Nomos and Nomisma Comments and Inflation in<br>the Roman Empire .....   | 263 |
| <i>Kuryłowicz, Marek</i> : Leges aleariae und leges sumptuariae im antiken<br>Rom .....  | 271 |
| <i>Maróti, Egon</i> : Zur Regelung der römischen Personennamenführung .....  | 281 |
| <i>Mayer—Maly, Theo</i> : Thensaurus meus .....  | 283 |
| <i>Merényi, Kálmán</i> : Anfänge der Pönalisierung der Sittlichkeitsverbrechen<br>(Formen des staatlichen Eingriffs) .....   | 291 |

|   |     |
|---|-----|
| <i>Molnár, Imre: Alfenus Varus iuris consultus .....</i>  | 311 |
| <i>Nörr, Dieter: Savigny liest Goethe .....</i>   | 329 |
| <i>Papp, Ignác: To the Questions of State Organisation, State Activity ...</i>  | 349 |
| <i>Schipani, Sandro: Römisches Recht, Unabhängigkeits-Revolutionen und<br/>Rechtskodifizierungen in Lateinamerika .....</i>                     | 355 |
| <i>Szondi, Ildikó: The Rationalisation of the Registration of Housing Claims-<br/>and Chages in Housing Economy in Hungary since 1980 .....</i> | 367 |
| <i>Szilbereky, Jenő: Über die umfassende Neuregelung des Zivilverfahrens</i>  | 381 |
| <i>Szücs, István: Die fortdauernde Geltung zweier Grundsätze des römischen<br/>Rechts in ungarischer Verwaltungsrechtsanwendung .....</i>       | 391 |
| <i>Tóth, Árpád: Rechtsstellung der Arbeiter der militarisierten Betriebe in<br/>dem ersten Weltkrieg in Ungarn .....</i>                        | 405 |
| <i>Veres, József: Fortleben römischer Rechtsinstitute im ungarischen Boden-<br/>recht .....</i>   | 421 |
| <i>Zlinszky, János: Die historische Rechtsschule und die Gestaltung des<br/>ungarischen Privatrechts im 19. Jahrhundert .....</i>               | 433 |
| <i>Liste der Publikationen von Elemér Pólay .....</i>   | 447 |





Felelős kiadó: dr. Veres József  
85-179 — Szegedi Nyomda — Felelős vezető: Dobó József igazgató  
Készült linószedéssel, íves magasnyomással 40,25 A5 ív terjedelemben  
az MSZ 5601—59 és 5602—55 szabvány szerint